

**Domstolskontroll av utlendingsforvaltningen –  
En kritisk analyse av Høyesteretts dom inntatt i  
Rettstidende 2008 side 681**

Kandidatnummer: 659

Leveringsfrist: 27.april

Til sammen 16030 ord

26.04.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunnen for problemstillingen	4
1.3	Formålet med domstolskontroll av utl. § 8 annet ledd	6
1.4	Den videre fremstilling	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>METODE OG KILDEBRUK</u></b>	<b><u>8</u></b>
2.1	Metodevalg	8
2.2	Nærmere om kildebruk	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>BEGREPSBRUK OG NOEN FORUTSETNINGER FOR ANALYSEN AV RT-2008-681</u></b>	<b><u>11</u></b>
3.1	Nærmere om subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd	11
3.1.1	Nærmere om ”myndighetsmisbrukslæren”	11
3.1.2	Nærmere om subsumsjonsskjønnet	12
3.1.3	Om lovtolkning	12
3.1.4	Om bevisbedømmelse	14
3.1.5	Subsumsjon og prøvelsesintensitet	14
3.2	Skillet mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter	15
3.3	Prejudikatlæren som utgangspunkt for Rt-2008-681s rekkevidde	18
<b><u>4</u></b>	<b><u>EN KRITISK ANALYSE AV DOMSPREMISSENE I RT 2008-681</u></b>	<b><u>19</u></b>
4.1	Ordlyden i utl. § 8 annet ledd	20

<b>4.2</b>	<b>Forarbeidene til utlendingsloven av 1988</b>	<b>24</b>
4.2.1	Uttalelsene Høyesterett bruker i Rt-2008-681	25
4.2.2	Generelle uttalelser som ikke omtales i Rt-2008-681	26
4.2.3	Oppsummering av forarbeidene til utlendingsloven av 1988	29
<b>4.3</b>	<b>Utlendingsmyndighetenes praksis</b>	<b>29</b>
<b>4.4</b>	<b>Forarbeidene til ny utlendingslov</b>	<b>33</b>
4.4.1	§ 38 i ny utlendingslov (tilsvarer gammel utl. § 8 annet ledd)	33
4.4.2	Generelle uttalelser i nye forarbeider av betydning for forståelsen av utl. § 8 annet ledd	36
4.4.3	Konklusjon vedrørende forarbeider til ny utlendingslov	39
<b>4.5</b>	<b>Tidligere rettspraksis</b>	<b>40</b>
<b>4.6</b>	<b>Menneskerettighetsbestemmelers innvirkning på prøvelsesintensiteten</b>	<b>41</b>
4.6.1	Rt-2008-681s forhold til EMK art.3	41
4.6.2	Generelle bemerkninger til menneskerettighetsforpliktelser	43
<b>4.7</b>	<b>Foreløpig oppsummering av kritikken av Rt-2008-681</b>	<b>45</b>
4.7.1	Unntaket om utpreget faglig karakter	45
4.7.2	Unntaket for skjønnsmessige bestemmelser	47
<b>4.8</b>	<b>Endelig konklusjon etter analysen av Rt-2008-681</b>	<b>49</b>
4.8.1	Har utl. § 8 annet ledd et subsumsjonsskjønn?	49
4.8.2	Kan subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd prøves?	49
4.8.3	Hvilken betydning har Rt-2008-681 som prejudikat?	50
<b><u>5</u></b>	<b><u>BETYDNINGEN AV RETTSSETNINGEN I RT-2008-681 I SAKER FOR BORGARTING LAGMANNSRETT</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning til Borgarting lagmannsretts bruk av Rt-2008-681</b>	<b>51</b>
5.1.1	Saker hvor hensynet til barnets beste er sentralt	51
5.1.2	Saker hvor forpliktelsen etter EMK sammenfaller med utl. § 8 annet ledd	52
5.1.3	Oppsummering av lagmannsrettens bruk av Rt-2008-681	54
<b><u>6</u></b>	<b><u>KONKLUSJON PÅ PROBLEMSTILLINGEN MED NOEN RETTSPOLITISKE BEMERKNINGER</u></b>	<b><u>54</u></b>

<b>7</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>56</b>
<b>7.1</b>	<b>Lover</b>	<b>56</b>
7.1.1	Norske lover	56
7.1.2	Utenlandske konvensjoner	56
<b>7.2</b>	<b>Lovforarbeider og etterarbeider</b>	<b>56</b>
7.2.1	Lovforarbeider	56
7.2.2	Etterarbeider	57
<b>7.3</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>57</b>
7.3.1	Norsk rettspraksis	57
7.3.2	Utenlandsk rettspraksis	58
<b>7.4</b>	<b>Juridisk litteratur</b>	<b>59</b>
7.4.1	Norske bøker	59
7.4.2	Utenlandske bøker	59
7.4.3	Norske artikler	59
7.4.4	Norske nettsider	60

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Denne oppgaven dreier seg om prøvelsesintensiteten i domstolskontrollen av skjønnsmessige vedtak etter § 8 annet ledd i lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr 64 (utl.). Utl. § 8 annet ledd har følgende ordlyd:

*”Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt. Kongen kan fastsette nærmere regler ved forskrift.”*

Den grunnleggende retten til å få prøvet lovligheten av en forvaltningsavgjørelse for domstolene regnes som en del av vår konstitusjonelle sedvanerett, og er skapt av domstolene selv.<sup>1</sup> Når det gjelder rekkevidden av denne retten har det vært etablert lære at det i utgangspunktet er opp til lovgiveren å bestemme hvilken frihet forvaltningen skal ha til å foreta vurderinger som ikke kan bringes inn for domstolene.<sup>2</sup> Likevel er det klart at det er grenser for lovgiverens frihet. For eksempel kan legalitetsprinsippet, den såkalte myndighetsmisbrukslæren<sup>3</sup> og internasjonale menneskerettighetsforpliktelser sette begrensninger for hvor langt lovgiver kan avskjære domstolskontrollen.

Skjønnsfrihet kontra domstolskontroll knyttet til utl. § 8 annet ledd inneholder en rekke spørsmål, og det ville føre for langt å gå inn i en omfattende diskusjon om temaet i sin helhet i en oppgave som denne. Derfor vil temaet kun skisseres i grove linjer

---

<sup>1</sup> Graver 2007 s. 266

<sup>2</sup> Ibid. s. 266

<sup>3</sup> For nærmere beskrivelse av myndighetsmisbrukslæren, se punkt 3.1.1

innledningsvis i den utstrekning det er behov for å ta i oppgavens konkrete problemstilling.

Problemstillingen som oppgaven tar for seg er om domstolene kan prøve om *vilkårene* i utl. § 8 annet ledd er oppfylt.

I utgangspunktet er ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket” to separate vilkår som ”kan” gi arbeids- eller oppholdstillatelse selv om vilkårene ellers i utlendingsloven ikke er oppfylt. Ved alminnelig lesning gis det anvisning på en to-leddet vurdering; først om en av vilkårene er oppfylt, og så om i så fall arbeids- eller oppholdstillatelse skal gis.

At forvaltningen står fritt til å innvilge eller nekte en oppholdstillatelse på bakgrunn av ”kan”-skjønnnet er klart ut fra ul. § 8 annet ledds ordlyd, forarbeider, etterarbeider, formål, samt rettspraksis<sup>4</sup>. Derfor er det ingen grunn til å problematisere ”kan”-skjønnnet ytterligere i oppgaven. At slike ”kan”-skjønn også tilhører forvaltningens frie skjønn ellers i forvaltningsretten, er uttalt i blant andre Rt-2006-1348.<sup>5</sup>

Ordlyden kan isolert sett sies å være skjønnsmessig for begge vilkårene i utl. § 8 annet ledd. Om de er oppfylt i praksis beror i stor grad på utlendingsforvaltningens vurdering av ulike hensyn fra sak til sak. Det er denne vurderingen på betingelsessiden i ul. § 8 annet ledd det er spørsmål i oppgaven om i hvilken grad domstolene kan kontrollere.

Det er i den forbindelse et grunnleggende spørsmål om bestemmelsen på grunn av sin skjønnsmessighet gir anvisning på absolutte grenser for når forvaltningen har adgang til å bruke ”kan”-skjønnnet, eller om kriteriene bare setter en ramme for utlendingsforvaltningen

---

<sup>4</sup> Rt-1997-1784, Rt-2003-1287 og Rt-2008-681

<sup>5</sup> Rt-2006-1348 i avsnitt 36

gjennom retningslinjer for skjønnsutøvelsen i vurderingen av om oppholdstillatelse skal gis.<sup>6</sup>

Spørsmålet om prøvingsadgang av et subsumsjonsskjønn faller naturlig bort dersom ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket” bare er retningslinjer for når forvaltningen kan innvilge opphold. Innjord mener det er ganske vanlig å la betingelsessiden være forvaltningens frie skjønn, hvor loven, som i utl., er gitt kompetanse til å dispensere fra et generelt forbud.<sup>7</sup>

På bakgrunn av Høyesteretts avgjørelse av 20. mai 2008, inntatt i Rt 2008 side 681 (heretter omtalt som ”Rt-2008-681”) kan det anføres at vilkårene i utl. § 8 annet ledd er unntatt fra domstolsprøvelse under henvisning til at det kan synes som om Høyesterett mener vilkårene i utl. § 8 annet ledd bare er kriterier i skjønnsutøvelsen i ”kan”-skjønnet. Som det fremkommer i del 4 mener jeg at dette ikke er riktig. Derfor forutsetter oppgaven i det følgende at betingelsesdelen i utl. § 8 annet rommer et eget subsumsjonsskjønn allerede her, for å kunne forklare de ulike begrepene oppgaven bruker.

Subsumsjonsskjønnet kan både kreve vurderinger av hva betingelsene er, det vil si en generell tolkning av bestemmelsen, og av om betingelsene er oppfylt i det enkelte tilfellet (subsumsjonen). Subsumsjonen kan kreve vurderinger både med henblikk på å fastlegge hvilke faktiske betingelser konkret som må være oppfylt, og med henblikk på hvorvidt de nødvendige faktiske betingelser foreligger, det vil si bevisbedømmelse.<sup>8</sup>

Subsumsjonsskjønnet består således av tre øvelser; lovtolking, bevisbedømmelse av faktum og bruk av ferdig vurdert faktum på en den tolkede lovregel. De to første øvelsene er nødvendige betingelser for å kunne foreta den tredje, som er selve subsumsjonen. I det følgende bruker jeg begrepet subsumsjonsskjønnet om alle disse tre vurderingene som

---

<sup>6</sup> Se om problemstilling ved bruk av vage/skjønsmessige uttrykk i Innjord 1996 punkt 2.5

<sup>7</sup> Innjord 1996 punkt 2.3.1

<sup>8</sup> Graver 2007 side 255-257

foretas for få fastslå om betingelsessiden i ul. § 8 annet ledd er oppfylt. Oppgaven vil nedenfor omtale subsumsjonsskjønnet nærmere, og redegjøre for begrepet i forhold til øvrig domstolskontroll av skjønnsmessige vedtak.<sup>9</sup>

## 1.2 Bakgrunnen for problemstillingen

Bakgrunnen for problemstillingen er at det lenge har vært antatt at subsumsjonsskjønnet som hovedregel er unntatt fra domstolskontroll. Denne oppfatningen ble bekreftet av en enstemmig Høyesterett i Rt 2008 side 681. Spørsmålet kom opp for Høyesterett fordi Borgarting lagmannsrett i en dom av 19.11.2007<sup>10</sup> kom til at domstolene kunne prøve subsumsjonsskjønnet knyttet til ul. § 8 annet ledd (hva gjaldt alternativet ”sterke menneskelige hensyn”) etter en analyse av Høyesteretts nyere rettspraksis i forvaltningsretten og rettsutviklingen på området (utenom utlendingsrett).

Rt-2008-681 omhandlet i korte trekk en etiopisk statsborger som kom til Norge i august 2002 og søkte om asyl. Under oppholdet i asylmottaket ble vedkommende utsatt for en alvorlig snøscooterulykke i april 2003. Han pådro seg livstruende skader og ble operert flere ganger. Utlendingsnemnda (UNE) fant at det ikke forelå sterke menneskelige hensyn i saken, og dermed ikke grunnlag for å kunne gi arbeids- eller oppholdstillatelse etter utl. § 8 andre ledd.<sup>11</sup>

Lagmannsrettens oppfatning om at ”sterke menneskelige hensyn” kunne prøves fullt ut var et bevisst brudd med Høyesteretts tidligere praksis på området.<sup>12</sup> Høyesterett kom altså til, i sin behandling av den samme tvisten, at lagmannsrettens syn om at det hadde skjedd en rettsutvikling i retning av at prøvelse kunne skje, var uriktig.

---

<sup>9</sup> Se oppgavens punkt 3

<sup>10</sup> LB-2007-35224

<sup>11</sup> Mer om bakgrunnen se Rt-2008-681 avsnitt 2 flg.

<sup>12</sup> Den tidligere praksis som særlig til uttrykk i avgjørelser inntatt i Rt-1997-1784 og Rt-2003-1287



I Rt-2008-681 var bare alternativet ”sterke menneskelige hensyn” oppe til prøvelse.

Likevel uttaler førstvoterende i avsnitt 46 i dommen følgende (heretter rettssetningen i Rt-2008-681):

*”Jeg konkluderer etter dette med at § 8 ikke kan forstås slik at andre ledd åpner for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av vilkårene « sterke menneskelige hensyn » eller utlendingens « særlige tilknytning til riket ».”*

Oppgaven vil derfor omhandle både ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket”.

Selv om Høyesterett tilsynelatende ved denne dommen har avgjort spørsmålet, er det grunnlag for å hevde at Rt-2008-681 ikke med nødvendighet har lagt død diskusjonen om domstolskontrollen av subsumsjonsskjønnet etter utl. § 8 annet ledd. Den rettssetning som uttales i Høyesteretts dom har i etterfølgende lagmannsrettspraksis blitt forstått noe forskjellig i prøvelsen av ul. § 8 annet ledd.<sup>13</sup> Som jeg vil vise senere, bruker lagmannsretten rettssetningen i Rt-2008-681 i disse nyere sakene selv om de er knyttet til andre former for sakstyper enn den sak som var oppe til behandling i Høyesterett. Jeg skal komme tilbake til disse avgjørelsene.<sup>14</sup> Inntil videre konstateres det at dommen i Rt-2008-681 har blitt lagt til grunn som prejudikat.

Den nærmere problemstillingen oppgaven drøfter er om det kan være adgang til domstolskontroll av subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd til tross for at Høyesterett som sagt enstemmig i Rt-2008-681 uttrykte at subsumsjonsskjønnet var innenfor forvaltningens såkalte frie skjønn.

---

<sup>13</sup> LB-2008-40393, LB-2008-14365-2, LB-2008-53345-2, LB-2008-81478 og I LB-2008-56144

<sup>14</sup> Se oppgavens punkt 5

### 1.3 Formålet med domstolskontroll av utl. § 8 annet ledd

Innledningsvis skal det også påpekes at hovedformålet bak en eventuelt høyere intensitet i domstollens kontroll av forvaltningspraksis etter vedtak av utl. § 8 annet ledd er økt rettsikkerhet. Det fremgår blant annet av førstvoterendes generelle uttalelse i Rt-2008-681 i avsnitt 34:

*”I de tilfeller vedtak gjelder anvendelse av lover som hjemler inngrep i etablerte rettsforhold, medfører hensynet til rettsikkerheten at domstolene normalt prøver alle lovbestemte vilkår og herunder den konkrete anvendelse av disse.”*

Når det gjelder mer konkret hvordan rettsikkerheten kan tenkes å sikres konkret gjennom domstolsprøvelse av subsumsjonsskjønnet, vises det til uttalelsen fra Borgarting lagmannsrett i dommen av 19.11.2007<sup>15</sup>:

*”I tillatelsestilfellene kan det framstå som av mindre betydning for søkeren om tillatelse nektes fordi det ikke i det hele tatt er adgang til å gi den, dvs. at det ikke foreligger tilstrekkelig sterke menneskelige hensyn, eller etter en « kan »-vurdering om at tillatelse likevel ikke bør gis. Men skillet får betydning fordi momentene på subsumsjonssiden i § 8-tilfellene som nevnt ovenfor prinsipielt er av forskjellig art enn « kan »-vurderingene. Gjennom domstolskontrollen av subsumsjonsskjønnet sikres søkeren at forvaltningen holder hensynene fra hverandre ved vurderingen av om tillatelse skal gis, og han sikres kontroll med at forvaltningen gjennomfører hovedvurderingen i bestemmelsen, spørsmålet om sterke menneskelige hensyn foreligger, i samsvar med loven slik domstolene mener den skal forstås.”*

Det sentrale er at kontrollen av subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd i hovedsak blir en kontroll av at forvaltningen foretar vurderingene etter loven, slik domstolen mener at vilkårene på betingelsessiden i utl. § 8 annet ledd skal forstås.

Det er ikke gitt at domstolene gjennomgående er bedre egnet til å forstå utl. § 8 annet ledds vilkår bedre enn forvaltningen; særlig med tanke på at utlendingsretten er et rettsområde hvor forvaltningen kan være ansett å sitte med særlig fagkunnskap for å foreta

---

<sup>15</sup> LB-2007-35224 i avsnitt 28 i dommens premisser

skjønnsmessige avgjørelser i et sterkt politisert handlingsklima. På tross av dette endret domstolene oppfatning om prøvelsesintensiteten etter vedtak om utvisning i 1998, og har etter den tid prøvd den såkalte forholdsmessighetsvurderingen i slike saker fullt ut.<sup>16</sup> Noen dommere i Høyesterett har hatt klare motforestillinger mot å øke prøvelsesintensiteten i saker på utlendingsfeltet i domstolen på grunn av feltets tilknytning til politikk.<sup>17</sup>

Denne rettsutviklingen er naturlig å se i lys av gjennomslaget for menneskerettigheter generelt i den praktiske jus. Domstolene er på utlendingsfeltet forpliktet til å vurdere om forvaltningsvedtak er i strid med forpliktelser etter internasjonale konvensjoner, fordi disse forpliktelsene vil gå foran annen norsk lov hvis de taler til utlendingens fordel.<sup>18</sup> I forhold til vedtak etter § 8 annet ledd er det særlig Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) artikkel (art.) 3 og 8, samt FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (BK) art. 3 nr 1 som gjør seg gjeldende. Hvordan disse bestemmelsene kan påvirke vurderingen av domstolens prøvelsesintensitet er sentralt når det gjelder vedtak etter utl. § 8 annet ledd. En domstolskontroll av utl. § 8 annet ledd vil også kunne ha som formål å sikre at forvaltningen følger menneskerettslige krav på utlendingsfeltet.

#### 1.4 Den videre fremstilling

For det første vil oppgaven redegjøre for metode og kildebruk i punkt 2. Videre vil punkt 3 forklare begrepet subsumsjonsskjønnet nærmere, og sette det i sammenheng med øvrig domstolskontroll av skjønnsmessige forvaltningsvedtak. Videre vil samme punkt drøfte noen rettslige utgangspunkter som er nødvendige for å få grep om analysen av Rt-2008-681.

---

<sup>16</sup> Om prøvelse av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker se Rt-1998-1795, Rt-2000-591, Rt-2005-229

<sup>17</sup> Se for eksempel dommer Bugges dissenterende votum i Rt-2000-591 på side 602 følgende, hvor han omtaler sine prinsipielle betenkeligheter ved en domstolsprøvelse på utlendingsfeltet.

<sup>18</sup> Jf. utl. § 4 og mrl. § 3

Oppgavens hoveddel er i punkt 4, og kan i korthet ses på både som en kritisk vurdering av Rt-2008-681 sine domspremisser, og av rekkevidden av den rettssetning som uttrykkes i Høyesteretts dom i Rt-2008-681. Det er grunnlag for å gå Høyesteretts avgjørelse nærmere etter i sømmene, fordi det kan hevdes at de rettskildemessige forankringene av domspremissene ikke er overbevisende på alle punkter. En klar forutsetning for å si noe om domspremissene, er å klarlegge hva Høyesterett faktisk uttaler i dommen; det vil fremgå at dette ikke er en enkel øvelse.

Også andre forhold enn det som direkte er uttalt i Rt-2008-681 berettiger en nærmere analyse for å fastlegge rekkevidden av den rettssetning som Høyesterett uttrykker i dommen. Særlig er det grunn til å peke på at Høyesteretts behandling knyttet seg til én type vedtak som utlendingsforvaltningen kan fatte under henvisning til utl. § 8 annet ledd.

I oppgavens punkt 5 vurderes og kommenteres noen typetilfeller som er fremkommet i lagmannsrettsdommer som er avsagt etter Rt-2008-681. Oppgaven vil kort an vise rettslige konsekvenser rettssetningen i Rt-2008-681 har fått i de sakstypene som fremkommer der.

Tilslutt vil jeg i punkt 6 konkludere om det er adgang til å prøve subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd, og komme med noen korte rettspolitiske bemerkninger.

## **2 Metode og kildebruk**

### **2.1 Metodevalg**

Oppgavens analyser foretas innenfor rammene av godtatt rettslig argumentasjonsteknikk i det praktiske rettsliv, det vil si at analysene bygger på de samme rettskilder og prinsipper for håndtering av disse som en norsk domstol ville bygget på. Oppgaven søker å avklare noen praktiske rettslige spørsmål innenfor denne rammen. Det er derfor naturlig å ta hva

man kan kalle et deskriptivt og rettsdogmatisk utgangspunkt. Det skal ikke være nødvendig å gå nærmere inn på metodens innhold her. Det vises til den praktisk-rettslige metoden som er beskrevet av Eckhoff.<sup>19</sup>

Oppgaven tar opp betydningen av menneskerettigheters innvirkning på intern rett. Der hvor EMK kommer til anvendelse legger Høyesterett til grunn at den i det alt vesentlige følger den metode for fastsettelse av innholdet i EMK som følges av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).<sup>20</sup> Oppgaven følger derfor også EMDs metode.<sup>21</sup>

I Rt-2002-567 presiserer Høyesterett at plenumsdommen i Rt-2000-996 forstås slik at fraværet av EMD-praksis i seg selv ikke utelukker brudd på EMK eller oppstiller strengere krav til holdepunkter når EMK-normen fastlegges.<sup>22</sup> Med andre ord kan EMKs normer ha betydning selv om ikke EMD har uttalt noe konkret om deres rekkevidde i et spørsmål som er av betydning i intern rett.

Menneskerettighetsloven § 3 utgjorde ingen formell rettslig forskjell på utlendingsrettens område fordi alle forpliktelser på bakgrunn av internasjonale konvensjoner allerede gikk foran norsk lov i og med vedtakelsen ul. § 4 allerede ved utl. ikrafttreden. De uttalelsene HR kommer med ovenfor omhandler ikke direkte utlendingsfeltet, men må anses å være uttalelser av betydning når det skal avgjøres EMKs mulige innvirkning på spørsmålet om prøvelsesintensitet i internretten.

EMK er i utgangspunktet ikke tilpasset utlendingsrettslige spørsmål. Det er EMD, og ikke nasjonale domstoler, som skal utvikle konvensjonen dynamisk til å gjelde andre rettsområder eller i et bredere omfang enn opprinnelig tenkt av traktatlandene. Det kan

---

<sup>19</sup> Eckhoff 2001

<sup>20</sup> Som rettslig utgangspunkt for menneskerettighetenes innvirkning og bruk i internretten vises det til Høyesteretts plenumsavgjørelse i Rt-2000-996, som ble presisert av Høyesterett i plenum i Rt-2002-557. I sistnevnte avgjørelse se særlig side 565 flg.

<sup>21</sup> Se for eksempel Rognlien 2005

<sup>22</sup> Se Rt-2002-557 side 565 flg.

derfor problematiseres om norske domstoler bør være tilbakeholdne med å tolke EMK retten når det gjelder utlendingsfeltet.

EMK art. 8 gir ”enhver” rett til respekt for sitt ”privat- og familieliv”, mens art. 3 nedlegger forbud mot ”umenneskelig og nedverdiggende behandling”. Slik disse rettsreglene er blitt forstått i avgjørelser av EMD, er begge blitt et relevant supplement til utlendingslovens regler. EMK art. 3 og art. 8 er i dag så innarbeidet i både nasjonal og internasjonal praksis at problemstillingen i forhold til utl. § 8 annet ledd ikke kan sies å komme på spissen.<sup>23</sup>

## 2.2 Nærmere om kildebruk

Oppgaven vil gjøre bruk av lovtekst, konvensjonstekst, forarbeider til både utlendingsloven av 1988<sup>24</sup> og til ny utlendingslov av 2008<sup>25</sup>, etterarbeider til utlendingsloven av 1988<sup>26</sup>, domstolspraksis både fra norske domstoler<sup>27</sup> og fra EMD, samt hovedsakelig norsk juridisk litteratur. Borgarting lagmannsretts dom av 19. november 2007 og Rt-2008-681 er essensielle for oppgavens tema.

Generelt kan det sies at det er et omfattende tema, og derfor har jeg gjennomgående brukt en del juridisk litteratur (bøker, artikler m.m) som allerede har tatt for seg ulike problemstillinger knyttet til oppgaven for å få spisset drøftelsen inn i oppgavens kjerne.<sup>28</sup> Juridisk litteratur har vært en god opphavskilde til ideer og mer autoritative kilder.

---

<sup>23</sup> For en mer detaljert gjennomgang av utgangspunktet og fremveksten av bruken til art. 3 og art. 8 i utlendingssaker kan det henvises til generelle fremstillinger i juridisk litteratur som Lorentzen, Rehof, Trier m.fl 2003, Lambert 2006 og Jacobs & White 2006

<sup>24</sup> NOU 1983: 47 og Ot.prp nr. 46 (1986-1987)

<sup>25</sup> NOU 2004: 20, Ot.prp.nr 75 (2006-2007) og Innst. O. nr. 42 (2007-2008)

<sup>26</sup> St. meld. Nr.17 (2000-2001)

<sup>27</sup> Hovedsakelig Høyesterett

<sup>28</sup> Se litteraturliste

Kildene refereres fortløpende i fotnoter gjennom oppgaven. I fotnotene brukes det forkortede navn på kildene, mens hel referanse finnes til slutt i litteraturlisten.

### **3 Begrepsbruk og noen forutsetninger for analysen av Rt-2008-681**

#### **3.1 Nærmere om subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd**

Før oppgaven går inn i analysen av Rt-2008-681 er det nødvendig å plassere en kontroll av subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd i forhold til øvrig domstolskontroll av skjønnsmessige vedtak. Det vil til dels gjøres gjennom en negativ avgrensing mot ”myndighetsmisbrukslæren”, og til dels gjennom en positiv angivelse av de juridiske øvelsene som må til for å avgjøre om vilkårene i utl. § 8 annet ledd er oppfylt. Videre redegjøres det for problematikken med et skille mellom såkalte etablerte og ikke-etablerte rettigheter. Tilslutt i avsnitt tas prejudikatlærens betydning opp med tanke på analysen av Rt-2008-681 i punkt 4.

##### **3.1.1 Nærmere om ”myndighetsmisbrukslæren”**

Det er viktig å være klar over at alle skjønnsmessige vedtak kan kontrolleres av den såkalte myndighetsmisbrukslæren, jf. førstvoterendes uttalelse i Rt-1995-72 på s. 77:

*”Det er sikker rett at domstolene under enhver omstendighet kan kontrollere skjønnsmessige vedtak etter den såkalte myndighetsmisbrukslæren. Det vil si at domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Videre kan domstolene prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet”. (min understrekning)*

Det gjøres oppmerksom på at Høyesteretts bruk av uttrykket ”myndighetsmisbrukslæren” ikke uten videre stemmer overens med gjengs bruksmåte i litteraturen.<sup>29</sup> Eckhoff/Smith mener at heller ikke Høyesterett er konsekvente i sin terminologi. Uten å gå nærmere inn i problematikken med begrepsbruken legger oppgaven til grunn ”myndighetsmisbrukslæren” slik som beskrevet ovenfor. Det er fordi den etter min mening er egnet til positivt å samle noenlunde rettslige fenomener under en betegnelse. Det er ikke plass i oppgaven for å redegjøre for hver enkelt av forvaltningens skranker.

Domstolene vil således aldri være avskåret fra å kontrollere vedtak i sin helhet etter utl. § 8 annet ledd etter ”myndighetsmisbrukslæren”, og den vil skjære igjennom overfor ”kan”-skjønnet i likhet med subsumsjonsskjønnet.

### 3.1.2 Nærmere om subsumsjonsskjønnet

Subsumsjonsskjønnet består, som nevnt innledningsvis, av tre av juridiske øvelser; lovtolking, bevisbedømmelse av faktum og bruk av ferdig vurdert faktum på en den tolkede lovregel. Jeg vil nå redegjøre for hver av disse delene enkeltvis for at det skal være klart hvilke vurderinger som oppgaven drøfter når den uttrykker subsumsjonsskjønnet.

### 3.1.3 Om lovtolkning

Domstolene kan alltid (hvis det ikke gjelder noe lovbestemt unntak) prøve om forvaltningsorganets generelle lovtolking er, men de er i visse tilfeller avskåret fra å overprøve skjønnsmessige subsumsjoner.<sup>30</sup> Med generell lovtolking siktes det til overveielser av hva regelen går ut på, mens med subsumsjon til dens anvendelse på forliggende fakta.<sup>31</sup> Spørsmålet om grensen mellom lovtolking og subsumsjon for utl. § 8 annet ledd kan illustreres gjennom Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-2003-1287 avsnitt 24 hvor det uttales at:

---

<sup>29</sup> Eckhoff/Smith 2003 kap. 24 pkt. 8 på side 368 flg.

<sup>30</sup> Eckhoff 2001s. 32 med videre henvising

<sup>31</sup> Eckhoff 2001 s. 32



*”Domstolene vil i slike saker kunne prøve hva som er vurderingstemaet etter § 8 annet ledd, men den konkrete avgjørelse av hvorvidt oppholdstillatelse skal gis, hører under forvaltningens frie skjønn, se Rt-1997-1784 på side 1795.”*

Videre gir kjæremålsutvalget i samme sak i premiss 25 tilsutning til lagmannsretten som hadde uttalt at domstolene ” *ikke har kompetanse til å sette seg i forvaltningens sted og overprøve om det i saken foreligger sterke menneskelige hensyn*”.

Det er likevel ikke alltid en skarp grense mellom lovtolkingen og selve subsumsjonen.<sup>32</sup> Lagmannsretten mener i dom av Borgarting lagmannsrett fra 14. november 2008 at det ikke er klart ut fra Rt-2008-681 at domstolene kan prøve lovtolkningen, men uttaler likevel at:

*”Det kan være en flytende overgang mellom generell lovtolking og konkret rettsanvendelse, men lagmannsretten antar at man i prinsippet for eksempel kan prøve om et hensyn som er vektlagt er et sterkt menneskelig hensyn, og om man ved tolkingen av kriteriet særlig tilknytning har adgang til å se helt bort fra faktisk tilknytning.”*<sup>33</sup>

I praksis kan altså domstolene prøve om vurderingstemaene (vilkårene) i utl. § 8 annet ledd omfatter bestemte hensyn eller ikke, men ikke si at vurderingstemaene foreligger i den enkelte sak. For eksempel om et hensyn er et ”sterkt menneskelig hensyn” eller om samme hensyn hele tatt kan utgjøre ”særlig tilknytning” til riket. Det er ikke annet enn fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold i tråd med det alminnelige utgangspunktet etter myndighetsmisbrukslæren.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Eckhoff/Smith side 480 siste setning flg.

<sup>33</sup> LB-2008-56144

<sup>34</sup> Jf. Høyesteretts uttalelse i Rt-1995-72 sitert ovenfor i punkt 3.1.1.

#### 3.1.4 Om bevisbedømmelse

Det må som nevnt i de fleste tilfeller gjøres en bevisbedømmelse i den konkrete saken før subsumsjonen. Når det gjelder prøvingsadgangen til en slik bevisbedømmelse er dette et spørsmål om prøving av rene fakta. Staten har i enkelte saker påberopt seg at det eksisterer et prinsipp om tilbakehold ved slike faktavurderinger i medhold av generelle uttalelser i Rt-1975-603 og/eller Rt-1991-586.<sup>35</sup> I Rt-2007-1573 avsnitt 49 uttaler førstvoterende at vurderinger av bevisene som vedtaket bygger på er *”en vurdering som domstolene fullt ut kan overprøve, og jeg kan derfor ikke se at prøvelsesretten kan begrenses...”*.

Den samme forståelsen av Rt-2007-1573 har Borgarting lagmannsrett i en dom 19. januar 2009<sup>36</sup> når den, under særlig henvisning til Rt-2007-1573 avsnitt 49, uttalte at det i utgangspunktet ikke kan oppstilles noe generelt prinsipp om tilbakeholdenhet når det gjelder utlendingsmyndighetenes faktavurderinger. Utover det uttalte lagmannsretten at det likevel bør utvises en viss tilbakeholdenhet med å overprøve utlendingsmyndighetenes vurderinger der disse vurderingene fremstår som forsvarlige, og det ikke er fremkommet nye opplysninger eller sakkyndighetsvurderinger under domstolsbehandlingen. Dette siste sier egentlig seg selv. Det er naturlig at retten ikke overprøver forsvarlige vurderinger uten andre bevis å støtte seg til. Det samme prinsippet må sies å gjelde generelt for bevisvurderinger.

#### 3.1.5 Subsumsjon og prøvelsesintensitet

Det som er særlig tvistetema når det gjelder kontrollen av subsumsjonsskjønnet er naturlig nok om domstolene også kan prøve utlendingsmyndighetenes subsumsjon. I utl. § 8 annet ledd vil det i praksis si vekting og bruk av de ulike hensynene i vurderingen av om vilkårene ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket” er oppfylt i det enkelte tilfelle.

---

<sup>35</sup> Se for eksempel LB-2008-124644, LB-2004-2511, LB-2005-84947

<sup>36</sup> LB-2008-124644 hvor de i avsnitt 8 i domspremissene

Det er klart at ”myndighetsmisbrukslæren” gir betydelig mindre rettsikkerhet på grunn av sine snevre vilkår for å komme til anvendelse enn en direkte kontroll om forvaltningen har rett eller ikke i om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket”.<sup>37</sup> Det er altså ikke et klart avgrenset spørsmål om domstolskontroll av forvaltningen eller ikke, men som sagt hvilken grad av intensitet domstolene velger å bruke i sin kontroll av skjønnsmessige vedtak etter § 8 annet ledd.

### 3.2 Skillet mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter

Spørsmålet i dette avsnitt er å undersøke hvilken betydning Høyesterett mener at skillet mellom såkalte etablerte og ikke-etablerte rettigheter har i forhold til spørsmålet om prøvelsesintensitet. Etter min mening er det en viktig forutsetning for drøftelsen av hvilken prøvelsesintensitet som skal legges til grunn ved prøvelsen av utl. § 8 annet ledd, som fikk lite oppmerksomhet i domspremissene. Videre vil jeg knytte noen kommentarer til hvordan dette skillet kan ha betydning for EMK-normen, som igjen kan ha betydning for spørsmålet i internretten. Både etablerte og ikke-etablerte rettigheter omfattes av vedtak etter § 8 annet ledd. For eksempel vil tilbakekall av asyl klart være en etablert rettighet, mens søknad om opphold på humanitært grunnlag er en ikke-etablert rettighet.

Hva gjelder det rettslige utgangspunktet for domstolskontroll av skjønnsmessige forvaltningsvedtak, uttaler førstvoterende i Rt-2008-681 i avsnitt 33 og 34:

*”Etter en omfattende gjennomgåelse av nyere avgjørelser av Høyesterett, den aktuelle lovbestemmelse med forarbeider og juridisk teori konkluderte lagmannsretten med at det ikke forelå et grunnlag for å fravike utgangspunktet om at domstolene fullt ut prøver de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse.*

*Jeg er ikke enig i dette. Utgangspunktet er tolking av den eller de bestemmelser som hjemler vedtaket. I de tilfeller vedtak gjelder anvendelse av lover som hjemler inngrep i etablerte rettsforhold, medfører hensynet til rettsikkerheten at domstolene normalt prøver alle lovbestemte vilkår og herunder den konkrete anvendelse av disse. Fra dette prinsipp er gjort enkelte unntak, blant annet når loven gir anvisning på utpregede*

---

<sup>37</sup> Se også Boe i Kritisk Juss 2009 side 34 siste avsnitt

*skjønnsmessige vurderinger eller vurderinger av utpreget faglig karakter som domstolene ikke kan forventes å ha nødvendig innsikt i, jf. Rt-2007-1573 avsnitt 52.”*

Ved alminnelig lesning av dommen kan det synes som om Høyesterett er enig med lagmannsretten i at det eksisterer en hovedregel om at domstolene prøver subsumsjonsskjønnet i forvaltningsretten av rettssikkerhetshensyn. Likevel er det verdt å merke seg at Høyesterett nevner at en slik hovedregel gjelder ved inngrep i ”etablerte rettigheter”.

Det oppstår etter min oppfatning en uvisshet i det rettslige utgangspunktet fordi Høyesterett ikke uttrykkelig uttaler om utlendingen i saken, som ikke har en formalisert oppholdsstatus, omfattes av den generelle regelen som omhandler ”inngrep i etablerte rettsforhold”. Rent språklig kan utlendingen i saken klart nok ikke anses å være ”etablert”. Begrepsbruken kan imidlertid være tilfeldig ettersom Høyesterett bruker begrepet ”inngrep overfor enkeltpersoner” i Rt-2007-1573, og at det således er inngrepets art ovenfor privatpersoner og ikke oppholdsstatusen, som er av betydning for rettsikkerheten. På en annen side har Høyesterett uttalt i Rt-2008-560 i avsnitt 46:

*”Som staten har fremholdt, er det generelt ikke det samme behov for rettssikkerhetsgarantier for utlendinger som ønsker å reise inn i landet, som for utlendinger som lovlig oppholder seg her, og blir besluttet utvist.”*

I Rt-2008-560 er det likevel et poeng at saken dreide seg om innreise før karantenetidsperioden i et gyldig vedtak om utvisning var oppfylt. Høyesterett mente utlendingen således hadde fått sin rettsikkerhet ivaretatt ved full prøvelse av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaken, som endte med at utvisning for en tidsbestemt periode. En tilsvarende prøvelse av innreisespørsmålet under karanteneperioden ville da medføre en dobbeltbehandling som ikke finner sted ved prøvelse av vedtak etter utl. § 8 annet ledd.

Det er faktisk ikke er mulig å si at vedtak etter § 8 annet ledd omhandler bare etablerte rettigheter eller bare etablering av rettigheter. Derfor er det relevant å drøfte unntakene fra

domstolskontroll, som førstvoterende i Rt-2008-681 viser til, for skjønnsmessige bestemmelser og bestemmelser som leder til vurderinger av utpreget faglig karakter. At disse unntakene ikke er drøftet i dommen kan ha sammenheng med at Høyesterett i medhold av andre rettskilder mener utl. § 8 annet ledd ikke rommer et subsumsjonsskjønn i det hele tatt og/eller at utlendingen ikke ble ansett for å ha en etablert rettighet. Jeg finner også støtte for en slik innfallsvinkel i lys av Rt-2007-1573.

Det er ikke plass i denne oppgaven for å gå i dybden av drøftelsen om skillet mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter, men det gjøres oppmerksom på at det i teorien er stilt spørsmålet om dette skillet har hatt avgjørende betydning for Høyesteretts konklusjon.<sup>38</sup>

Kort er det uansett relevant å vise til at EMD i sin praksis om opphold og utvisning av utlendinger skiller mellom de med etablerte rettigheter i landet fra før av, og de som skal etablere seg. Lambert mener at EMD ikke oppgir noen gode grunner for dette skillet. Hun viser til at det er på det rene at for eksempel en nektelse av familieegjenforening for et barn med en forelder i oppholdsstaten kan gi et sterkt incentiv om at vedkommende forelder må flytte til hjemlandet.<sup>39</sup> Slike situasjoner kan tolkes som et inngrep i søkers referansepersons "etablerte rettigheter" i Norge, og det blir et spørsmål som må løses etter en nærmere vurdering. Høyesteretts syn kan tenkes å avvike fra EMD, men Rt-2008-681 bidrar dessverre ikke til å presisere dens standpunkt.

Uavhengig av Høyesteretts oppfatning av skillet mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter, har skillet betydning for EMDs praksis. Den praksisen kan igjen indirekte påvirke prøvelsesintensiteten etter den juridiske metoden som kan leses ut fra rettspraksis om prøvelse av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker.<sup>40</sup> I Rt-1998-1795 på side 1802 flg. uttaler førstvoterende i begrunnelsen for at Høyesterett bryter med tidligere

---

<sup>38</sup> Einarsen 2008 s. 44 og Boe i Kritisk Juss 2009 side 31

<sup>39</sup> Lambert 2006 side 41 2. avsnitt

<sup>40</sup> Rt-1998-1795, Rt-2000-591, Rt-2005-229)

praksis, og prøver subsumsjonsskjønnet (forholdsmessighetsvurderingen) i utl. §§ 29 annet ledd og 30 tredje ledd fullt ut:

*”I tillegg kommer at domstolene i de tilfeller som omfattes av utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, uansett må foreta en prøving av om utvisningen er et brudd på EMK artikkel 8. Som Høyesterett har påpekt i Rt-1996-551, vil forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd, langt på veg være sammenfallende med den avveining som skal foretas etter denne artikkel. Også av denne årsak er det liten grunn til å anse forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd for å være unndratt overprøving av domstolene.”*

Det ovenfor nevnte sitatet innebærer etter min mening at skillet mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter i utl. § 8 annet ledd kan ha den internrettslige implikasjonen at skjønnet i utl. § 8 annet ledd på den bakgrunn ikke ”vil være langt på vei sammenfallende” med EMK art. 3 eller 8. Rent praktisk kan man si at skjønnet ikke bindes i like stor grad ved etablering av rettigheter som ved inngrep i etablerte rettigheter. Det kan bety at domstolene ikke vil anse seg forpliktet av EMK til å foreta en sammenfallende vurdering, og således vil domstolene føle seg mer fri til å kunne si at forvaltningen er mer egnet til å foreta vurderingen etter § 8 annet ledd. På en annen side vil det kreve meget presise juridiske vurderinger av kildematerialet for i så fall skille mellom forpliktelsen etter EMK, og den internrettslige etter utl. § 8 annet ledd når de bygger på samme hensyn og vurderinger. Denne problematikken er sentral ved en vurdering av om domstolene er egnet til å foreta det som kan hevdes er faglige og skjønnsmessige vurderinger i utl. § 8 annet ledd.

### 3.3 Prejudikatlæren som utgangspunkt for Rt-2008-681s rekkevidde

Domstolene treffer bare utrykkelige avgjørelser om de individuelle tilfeller som er forelagt dem.<sup>41</sup> Utlendingen i Rt-2008-681 fikk rettskraftig avgjort at han ikke fikk opphold i Norge. Spørsmålet om hvilken rekkevidde dommen har som prejudikat er et spørsmål om hvor langt den kan avgjøre generelle rettsproblemer.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Eckhoff 2001 s. 164

<sup>42</sup> Ibid.

Prejudikatlæren bygger på den oppfatning om at domspremisser kan uttale seg om generelle spørsmål, og det er for tiden tre ulike måter å avgrense prejudikativirkningen på.<sup>43</sup> Jeg velger i denne oppgaven å legge til grunn at Rt-2008-681 er prejudikat for den rettsoppfatning som retten har bygget sitt resultat på.<sup>44</sup> Det vil si at det bare er prejudikativirkning for det Høyesterett uttaler som har vært nødvendig for å begrunne resultatet. Men man holder seg ikke alltid strengt til den begrunnelse som er gitt. Det er særlig tilfelle, som i Rt-2008-681, når dommen ikke er helt klar. Da vil prejudikatanvenderens vurdering av domsutfallet og oppfatning om hvordan det burde vært begrunnet, virke inn på tolkningen av begrunnelsen.<sup>45</sup> Det er derfor analysen av Rt-2008-681 er det sentrale utgangspunkt for å fastslå rekkevidden av dommen.

#### **4 En kritisk analyse av domspremissene i Rt 2008-681**

Som nevnt innledningsvis søker oppgaven først å klargjøre innholdet i Rt-2008-681 for å forstå resonnementet i dommen. Det gjøres gjennom en kritisk analyse av rettskildene Høyesterett henviser til i domspremissene. Oppgaven vil følge Høyesteretts rekkefølge i behandling av rettskildene. Der det er uklart hva dommen gir uttrykk for, er det naturlig å gå inn i rettkilder som ikke er nevnt i dommen, og vurdere begrunnelsen opp mot det totale rettskildebilde. På denne måten kan spørsmålet om hvilken prøvelsesintensitet som skal legges til grunn på vedtak etter utl. § 8 annet ledd bli bedre rettslig belyst. Dette er nødvendig siden dommen etter min oppfatning ikke er helt klar på hvordan Høyesterett har kommet til sin konklusjon, og om den gjelder for alle vedtak etter utl. § 8 annet ledd. Dette er viktig for å fastslå prejudikativirkningen av dommen.

---

<sup>43</sup> Se mer om de ulike metodene for avgrensning av prejudikater i Eckhoff 2001 s. 165

<sup>44</sup> Det gjøres på bakgrunn av at Eckhoff mener den definisjonen er mest nærliggende til det som er lagt til grunn i størst del av rettspraksis og litteratur

<sup>45</sup> Se Eckhoff 2001 s. 167 med videre henvisning til Rt-1925-526 og Rt-1952-536

#### 4.1 Ordlyden i utl. § 8 annet ledd

Spørsmålet i dette avsnitt er hvilken vekt ordlyden i utl. § 8 annet ledd har for spørsmålet om hvilken intensitet som skal legges til grunn i prøvelsen av bestemmelsen. Eckhoff mener man vanligvis må legge stor vekt på det man ved vanlig lese måte får ut av lovteksten, men hvis Høyesterett har tolket loven annerledes veier det normalt tyngre.<sup>46</sup>

Høyesterett har uttalt at når det i den enkelte sak skal tas standpunkt til spørsmålet om domstolenes prøvelsesrett, bør utgangspunktet tas i lovens ordlyd.<sup>47</sup> I Rt-2008-681 uttaler førstvoterende i avsnitt 37 at ordlyden i utl. § 8 annet ledd ikke gir ”nevneverdig bidrag for så vidt angår omfanget til prøvelsesretten”.

Det er vanskelig å vite hva Høyesterett mener når det uttales at ordlyden ikke gir ”nevneverdig bidrag”. Det kan tolkes som at Høyesterett ser at ordlyden gir noe veiledning, men at det ikke har særlig betydning i forhold til de andre rettskildefaktorene Høyesterett finner avgjørende. Uansett kunne Høyesterett med fordel redegjort for sitt synspunkt, og pekt på hvorfor den ikke vektlegger en klar ordlyd; særlig tatt i betraktning av at den åpenbart gir anvisning på en to-leddet vurdering med et subsumsjonsskjønn og et ”kan”-skjønn. Det er også andre momenter som kunne hatt betydning for avgjørelsen av omfanget av domstolskontrollen ved en alminnelig lesning av utl. § 8 annet ledd

Et argument for at ordlyden egner seg for overprøving er at vurderingstemaene ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket” i utl. § 8 annet ledd siden ordlyden henspiller på etiske, allmennmenneskelige og rettssikkerhetspregede forhold, slik Boe påpeker.<sup>48</sup> Graver mener slike moralske/juridiske vurderinger er noe domstolene lettere vil

---

<sup>46</sup> Eckhoff 2001 s. 28

<sup>47</sup> Rt-2007-1573 avsnitt 53

<sup>48</sup> Boe Kritisk Juss 2009 s.21 under pkt. a



føle seg kompetente til å overprøve.<sup>49</sup> Det er fordi vurderingene som regel ikke krever særlige faglige forutsetninger eller særlig innsikt, og at domstolene således har like gode forutsetninger som forvaltningen for å foreta vurderingene. På en annen side kan moralske vurderinger ha innslag av samfunnsmessige og politiske momenter. Utl. § 8 annet ledd har slike momenter som har innflytelse på samfunnet gjennom kontrollen av innvandring, men etter ordlyden kommer de innvandringspolitiske hensyn først til anvendelse i kan-skjønnnet av bestemmelsen, og ikke ved vurderingen av om vilkårene er oppfylt.

Når det gjelder prøvingsintensitet ville det for det andre ha vært et klarere signal fra lovgiver om ordlyden for eksempel hadde brukt formuleringer som ”*dersom forvaltningen finner*” at sterke menneskelige hensyn taler for det eller om utlendingen har særlig tilknytning. Det er ifølge Graver en formulering lovgiver vanligvis benytter for å markere at det er forvaltningen som skal foreta den endelige vurderingen.<sup>50 51</sup>

Dette synspunktet støttes også av rettspraksis utenfor utlendingsrettens område. I Rt-2005-117 var spørsmålet for Høyesterett prøvelsesintensiteten av en bestemmelse i den gamle tolloven § 37 som sier at kravet om avgift ”kan frafalles når det *etter tollvesenets skjønn*<sup>52</sup> ikke er noe å legge vedkommende til last”. Høyesterett uttalte i avsnitt 47 at en slik ordlyd taler mot at bestemmelsen kan prøves. I overført betydning til vår sak kan det være et argument at en ordlyd som *ikke* er formulert slik, er en indikasjon på at den endelige avgjørelsen om vilkårene i utl. § 8 annet ledd er oppfylt ikke tilligger utlendingsmyndighetene. Det kan også støttes av at departementet har søksmålsadgang etter vedtak truffet av UNE.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Graver 2007 s.274 siste avsnitt)

<sup>50</sup> Graver 2007 s. 266

<sup>51</sup> Se også for eksempel forurensingsloven § 7, jf. § 11 første ledd

<sup>52</sup> Min uthevning

<sup>53</sup> Jf. utl. § 38 c sjette ledd

Likevel har slike formuleringer ikke alltid avgjørende vekt. I Rt-2005-117 hadde ordlydens klare tale om at den endelige avgjørelsen lå til tollvesenet også støtte i forarbeidene. På tross av dette mente Høyesterett at vekten av forarbeiduttalelsene ble redusert ettersom lovgiver positivt ikke hadde drøftet rettssikkerhetsaspektet, og derfor var det ikke en veloverveid intensjon. Høyesterett la også vekt på at kriteriet ”til last” er velegnet for overprøving, og at domstolene må foreta slike aktsomhetsvurderinger på en rekke livsområder. Til slutt la Høyesterett vekt på at skjønnets ikke krevde en tollfaglig kompetanse.<sup>54</sup>

På en annen side er det ut fra hensynet til rettsikkerhet og forutberegnelighet mer betenkelig å innskrenke en klar ordlyd ved inngrep overfor privatpersoner, enn å utvide vernet til privatpersoner slik som det var tilfelle i Rt-2005-117. Det taler etter min mening for å være varsom med en innskrenkende tolkning av ordlyden i utl. § 8 annet ledd.

I Rt-2005-117 var det særlig relevant at domstolene var vant med å vurdere det hensyn uttrykkene henviste til i andre sammenhenger, og at selve kriteriet var velegnet for overprøving. Overført til vår problemstilling kan det stilles spørsmål om uttrykkene i utl. § 8 annet ledd rent språklig er velegnet for overprøving, og om domstolene er kjent med disse vurderingene fra andre sammenhenger.

Uttrykket ”særlig tilknytning til riket” henviser til en faktisk tilknytning det burde være velkjent å kontrollere for domstolene. Man kan for eksempel tenke seg en vurdering av hvor mange år vedkommende har bodd i landet, hvorvidt vedkommende har hatt jobb, er integrert i nærmiljøet, snakker norsk, har samboer, har barn eller annen nær familie osv. Dette er faktiske ting som ikke burde by på problemer å føre bevis for i retten. Fakta kan som nevnt prøves etter en fri bevisvurdering.<sup>55</sup> Videre er retten vant med å vurdere slike fakta i forhold til hverandre i for eksempel nevnte forholdsmessighetsvurdering i forbindelse med utvisning, tilbakekall av tillatelser og/eller brudd på

---

<sup>54</sup> Rt-2006-117 avsnitt 47-49

<sup>55</sup> Rt-2007-1573 avsnitt 49

menneskerettighetsbestemmelser. Det taler for at uttrykket ”særlig tilknytning til riket” egner seg for overprøving.

”Sterke menneskelige hensyn” er språklig vagere og gir i seg selv bare en henvisning på at det er humanitære eller sosiale forhold som er det sentrale. Ettersom det er snakk om utlendinger, er det naturlig å slutte at det er retursituasjonen er en sentral del av vurderingstemaet. Andre ting som sterkt opptar mennesker er helsemessige forhold og samlivet med personer i nære relasjoner. Om disse vurderingene er velegnet for overprøving er vanskelig å si ut fra ordlyden isolert sett. Det som imidlertid er klart er at domstolene også er vant å prøve de vesentlige hensyn som danner grunnlag for en vurdering etter ”sterke menneskelige hensyn”.<sup>56</sup> Praktiske eksempler er igjen forholdsmessighetsvurdering i forbindelse med utvisning, tilbakekall av tillatelser og/eller brudd på menneskerettighetsbestemmelser.<sup>57</sup>

Etter dette er det etter min mening grunnlag for å hevde at Høyesterett burde lagt mer vekt på ordlyden i utl. § 8 annet ledd. Særlig burde det vært vektlagt at ordlyden i utl. § 8 annet ledd er to-leddet og gir anvisning på vurderinger som er velegnet for overprøving, og som i tillegg domstolene er vant med å prøve. Videre er vedtak etter § 8 annet ledd ofte inngrep av stor betydning overfor privatpersoner, og hensynet til forutsigbarhet og rettsikkerhet veier tungt i slike tilfeller. Uansett kan det slås fast at begrepene ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket” er forskjellige etter ordlyden.

Det kan likevel ikke legges avgjørende vekt på ordlyden, siden en tolkning av Høyesterett som nevnt normalt veier tyngre.

---

<sup>56</sup> St.meld. nr. 17 (2000-2001) kap 4

<sup>56</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingsloven i punkt 7.6.3

<sup>56</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingslovens del 21 under merknader til § 38 på side 420, og selve ordlyden i § 38 på side 463

<sup>56</sup> Barnekonvensjonens art. 3 nr. 1 jf. utl. § 4

<sup>57</sup> EMK art. 3 og 8, BK art. 3 nr.1

#### 4.2 Forarbeidene til utlendingsloven av 1988

Spørsmålet i dette avsnittet er å undersøke om lovgiver gjennom forarbeider har fastsatt i hvilken grad domstolene har begrensninger i sin kontroll av vedtak forvaltningen fatter etter utl. § 8 annet ledd. Eckhoff mener den vanlige oppfatningen er at en ordlyd normalt veier tyngre enn forarbeidende.<sup>58</sup> Likevel kan forarbeidene få mer vekt i spørsmål om domstolskontroll, siden det som nevnt i innledningen i utgangspunktet er opp til lovgiveren å bestemme hvilken frihet forvaltningen skal ha til å foreta vurderinger som ikke kan bringes inn for domstolene.<sup>59</sup>

Høyesterett har i Rt-2002-209 uttalt at begrensninger i prøvingsadgangen overfor forvaltningens vedtak kan fremgå av forarbeidene.<sup>60</sup> Saken gjaldt plan- og bygningsrett, men det fremkommer generelle uttalelser om domstolsprøving av forvaltningsvedtak.<sup>61</sup>

Høyesterett uttaler i avsnittene 37-40 i Rt-2008-681 at de finner holdepunkter i forslag til ny fremmedlov NOU 1983: 47 (heretter NOU:1983: 47) - Fremmedlovutvalgets utredning - sentral for at ul. § 8 annet ledd skal forstås slik at det skulle være opp til forvaltningen om en tillatelse etter skulle gis, og at vilkårene i bestemmelsen er retningslinjer for "kan"-skjønnnet.

Det bemerkes at etter min oppfatning bør NOU 1983: 47 ha begrenset vekt ettersom det er kommet nye lovforarbeider til ny utlendingslov<sup>62</sup> som er i sin redegjørelse av gjeldende rett klart nærmere til å si noe om hvordan utl. § 8 annet ledd forstås i dag. Som jeg redegjør for nedenfor la Fremmedlovutvalget helt andre forutsetninger til grunn for sine uttalelser

---

<sup>58</sup> Eckhoff 2001 s. 83

<sup>59</sup> Graver s. 266

<sup>60</sup> Se Rt-2002-209 på side 225-226

<sup>61</sup> Dommen ble avsagt under dissens 4-1. Den sentrale uttalelsen om forarbeidenes vekt kommer i annenvoterende dommer Tjomslands redegjørelse for flertallets syn.

<sup>62</sup> NOU 2004: 20 og Ot.prp. nr.75 (2006-2007) til ny utlendingslov

enn hvordan bestemmelsen har blitt brukt i praksis. De nye forarbeidende kan ses på som etterarbeider som får betydning fordi de kan klargjøre lovgivers forståelse av den gamle loven, og på grunn av at utøvelsen av myndigheten etter loven ligger til Stortinget etter utl. § 5.<sup>63</sup> Lovgiver har uttrykkelig valgt å videreføre dagens vide bruksområde for utl. § 8 annet ledd i ny utlendingslov, men med den endring at de som er vernet mot retur skal få asyl istedenfor opphold etter utl. § 8 annet ledd.<sup>64</sup>

Siden Høyesterett så klart mener de gamle forarbeidende er sentrale finner jeg likevel grunn til å vurdere om Fremmedlovutvalgets utredning er så klar som Høyesterett gir uttrykk for. Jeg vil først kommentere de avsnittene Høyesterett viser til i Rt-2008-681, og deretter undersøke om konklusjonen stemmer med andre uttalelser i NOU 1983: 47.

#### 4.2.1 Uttalelsene Høyesterett bruker i Rt-2008-681

Selve ordlyden i Fremmedlovutvalgets forslag taler for, som Høyesterett sier, at ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning” til riket bare er retningslinjer for kan-skjønnet.<sup>65</sup> Det taler mot at bestemmelsen i det hele tatt har en betingelsesdel (subsumsjonsskjønnet) og en følgedel (kan-skjønnet). Konsekvensen av en slik tolkning av bestemmelsen er som nevnt innledningsvis at utl. § 8 annet ledd ikke rommer et subsumsjonsskjønn, og at eventuell domsstolskontroll derfor må foretas på bakgrunn av den såkalte myndighetsmisbrukslæren.

Videre i Rt-2008-681 avsnitt 37 refererer Høyesterett et avsnitt i NOU: 1983: 47 som den mener viser grunnlaget for at utl. § 8 annet ledd er ment å være under forvaltningens frie skjønn. Sidehenvisningen er ikke nevnt i dommen, men det kan vanskelig forstås annerledes ved lesing av NOU 1983: 47 at det er side 293 annen spalte første avsnitt som Høyesterett sikter til. Det relevante utsagnet er å finne i en del av utvalgets rapport som

---

<sup>63</sup> Se nærmere om dette i Eckhoff side 95 flg.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) i pkt. 7.6.1

<sup>65</sup> Se Høyesteretts redegjørelse i avsnitt 38-39 i Rt-2008-681.

gjelder B-status flyktninger (såkalte kumulasjonsflyktninger etter § 8 annet ledd) og deres vern mot retur, og den plasseringen tyder på at utsagnet ikke omhandler ”særlig tilknytning til riket”. I samme retning går avsnittets ordlyd, jf siste setning: ”Dette bør skje i en lovbestemmelse som gjelder alle for alle utlendinger som kan gjøre gjeldende ”sterke menneskelige hensyn” for at de skal tillates å ta opphold i riket”.<sup>66</sup>

Dette taler for at også Fremmedlovutvalget hadde en intensjon om at de to alternative vilkårene i utl. § 8 annet ledd skulle forstås forskjellig. Om karakteren til begrepene i utl. § 8 annet ledd sier Fremmedlovutvalget at ”særlig tilknytning til riket” ikke er ment å være uttømmende, men påpeker at det ”bør under enhver omstendighet kreves en kvalifisert form for tilknytning.”. Videre uttales det at ”sterke menneskelige hensyn” er vesentlig mer skjønnspreget enn særlig tilknytning til riket, og vil måtte omfatte en uensartet gruppe av tilfelle”.<sup>67</sup>

Faktisk tilknytning til riket skiller seg altså, ifølge Fremmedlovutvalgets utredning, fra sterke menneskelige hensyn vedrørende skjønnsmessighet. Forarbeidene til utl. støtter således den rent språklige oppfatningen av ordlyden på det punktet, som er nevnt i punkt 4.1. Det kan tale for at ulike hensyn vil gjøre seg gjeldende for valg av intensitet i domstolskontrollen av ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket”.

#### 4.2.2 Generelle uttalelser som ikke omtales i Rt-2008-681

Høyesteretts bruk av forarbeidene på dette punkt kan vanskelig gi et riktig bilde for hva Fremmedlovutvalget uttalte av betydning for vår problemstilling, uten en bredere redegjørelse enn det som fremgår i Rt-2008-681.

Generelt var Fremmedlovutvalgets flertall svært opptatt av rettsikkerhet, og foreslo en modell hvor domstolene som ankeinstans etter førstegangsvedtak fullt ut kunne prøve

---

<sup>66</sup> NOU 1983: 47 side 293 annen spalte første avsnitt siste setning

<sup>67</sup> NOU 1983 : 47 side 322

utvisningsvedtak og visse avslag på oppholdstillatelse etter visse prosessuelle særregler.<sup>68</sup> På en annen side var utvalget enig om at førstegangs arbeids- og oppholdstillatelse ikke skulle kunne prøves av domstolene med bakgrunn i at flertallet av søkerne ikke oppholder seg i landet.<sup>69</sup> Det er på det rene at svært mange som i dag får avslag etter ul. § 8 annet ledd befinner seg i Norge. Dermed svikter en vesentlig forutsetning for Fremmedlovutvalgets uttalelser.

At Fremmedlovutvalget ikke la vekt på ivaretagelse av særskilte rettssikkerhetsgarantier for søkere til førstegangs oppholdstillatelse, kan ha sammenheng med at utvalget ikke forutså den omfattende bruken av ul. § 8 annet ledd som det vanligste oppholdsgrunnlaget i asylsaker, og bestemmelsens hyppige bruk i alminnelige utlendingssaker.<sup>70</sup> Fremmedlovutvalget la derimot til grunn at vilkårene i utl. § 8 annet ledd formodningsvis skulle utvikles i praksis.<sup>71</sup> Hadde utvalget for eksempel vært klar over at utl. § 8 annet ledd skulle utvikle seg til å bli sentral ved blant annet tilbakekall av etablert oppholdsgrunnlag, kunne nok utvalget vurdert bestemmelsen annerledes. Det er naturlig å slutte dette ut fra at flertallet i fremmedlovutvalget ønsket særskilte rettssikkerhetsordninger for tilbakekall av arbeidstillatelse.<sup>72</sup> Det understrekes videre ved at Fremmedlovutvalget uttalte generelt om sine standpunkter for særlige rettssikkerhetsgarantier:

*”Drøftelsen i dette avsnitt tar særlig sikte på de negative vedtak som innebærer at utlendingen ikke får lovlig adgang til eller opphold i riket. Denne virkning, ikke vedtakets tekniske betegnelse, er det viktigste for den det angår”.*<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> NOU 1983 : 47 i punkt 6.1 flg. fra side 227

<sup>69</sup> NOU 1983: 47 i pkt. 6 om Overprøving av negative vedtak på side 227 flg.

<sup>70</sup> NOU 2004: 20 i pkt 9.6.1 om gjeldende rett og praksis, og Ot.prp.nr.75 (2006-2007) pkt. 7.1 s. 145

<sup>71</sup> NOU 1983: 47 side 322 annen spalte annet avsnitt

<sup>72</sup> NOU 1983: 47 pkt. 6.2.2 andre avsnitt flg. på side 229

<sup>73</sup> NOU 1983 : 47 i punkt 6.1 spalte 2 fjerde avsnitt på side 227

Fremmedlovutvalget mente i disse tilfellene at domstolene var særlig skikket til ikke bare å anvende jus på fakta (subsumsjonsskjønnet), men faktisk også kan-skjønnet på grunn av deres erfaring på andre rettsområder.<sup>74</sup>

Uansett kan en merke seg at departementets i sin behandling av Fremmedlovutvalgets utredning ikke fulgte forslaget fra flertallet i utvalget om særlige rettsikkerhetsordninger for enkelte grupper utlendinger.<sup>75</sup> Departementet tok avstand fra en ordning hvor domstolene skulle fungere som ankeinstans. Departementet la særlig vekt på uttalelsen fra Dommerforeningen og Justitiarius i Høyesterett, som uttrykte prinsipielle betenkeligheter ved en ordning hvor domstolene skulle ta stilling til skjønnsutøvelse på et så politisert rettsområde, samtidig som de mente domstolene åpenbart ikke var rustet til å behandle det antall saker en slik lovendring ville medføre. Forslaget omhandlet som sagt domstolene som ordinær klageinstans og i så måte også kan-skjønnet i utl. § 8 annet ledd. Departementet tok ikke konkret stilling til spørsmålet om subsumsjonsskjønnet på selvstendig grunnlag. Det kan derfor anføres at forarbeidende til den gamle utlendingsloven ikke sier så mye vesentlig som kan løse vårt spørsmål.

At forarbeidende til den gamle loven utlendingsloven ikke taler mot prøving av subsumsjonsskjønnet støttes av Boe.<sup>76</sup> Han mener at Høyesterett mangler dekning for å si at lovforslaget som endelig ble vedtatt av Stortinget ikke innebar noen realitetsendring, på tross av at ordlyden i utl. § 8 annet ledd ble endret av departementet.<sup>77</sup> Han sier at Ot.prp.nr.46 (1986-87) ved gjennomlesing ikke forklarer omskrivningen av Fremmedutvalgets forslag til dagens utl. § 8 annet ledd.<sup>78</sup> Derfor mener han at en kan

---

<sup>74</sup> NOU 1983: 47 pkt. 6.2.1 flg. på 228-229

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 46 (1986-1987) s. 149-150

<sup>76</sup> Boe i Kritisk Juss 2009 s. 22 flg

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid



hevde at forarbeidende sett under ett like gjerne kan underbygge en naturlig to-leddet ordlyd.<sup>79</sup>

#### 4.2.3 Oppsummering av forarbeidene til utlendingsloven av 1988

Selv om ordlyden i forslaget til Fremmedlovutvalget isolert sett taler mot at det eksisterer et subsumsjonsskjønn i utl. § 8 annet ledd, er det grunnlag for å mene at forslaget til ordlyd kom på bakgrunn av at bestemmelsen kun skulle brukes som en meget snever unntaksregel, jf. at de brukte begrepet ”særlig” sterke menneskelige hensyn. Utvalget hadde ikke forutsetninger for å vurdere bestemmelsen ut fra dagens vide anvendelsesområde, men tok likevel høyde for at utl. § 8 annet ledd skulle utvikles i praksis. Leser man forslaget i sammenheng, er rettsikkerhet påpekt som særlig viktig for flere kategorier som faller inn under dagens praksis av utl. § 8 annet ledd. Departementet endret ordlyden, og dermed anvendelsesområdet.

Samlet sett gir ikke forarbeidene til utlendingsloven av 1988 (hvis de skal tillegges vekt) holdepunkter for å fravike ordlydens utgangspunkt om at utl. § 8 annet ledd rommer et subsumsjonsskjønn. Lovgiver kan heller ikke tillegges en intensjon om å unnta utl. § 8 annet ledd for domstolskontroll når det gjelder subsumsjonsskjønnet.

#### 4.3 Utlendingsmyndighetenes praksis

Det neste spørsmålet oppgaven reiser er om UNEs praksis kan ha særlig betydning for vårt tema. Boe viser til at ikke alle mener at forvaltningspraksis kan ha noen vekt når et lovinnhold skal konkretiseres, men Boe selv med flere mener at slik praksis kan være relevant etter omstendighetene.<sup>80</sup> Om UNEs praksis som rettskildefaktor uttaler Høyesterett i Rt-2008-560 i avsnitt 47 (og som er henvist til som støtte for resultatet i Rt-2008-681):

---

<sup>79</sup> Boe i Kritisk Juss 2009 s. 22 flg

<sup>80</sup> Boe Kritisk Juss 2009 s.27 pkt. f flg. med videre henvisninger

*”A har anført at det Utlendingsnemnda vurderer ved vedtak etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, er om det vil være uforholdsmessig å opprettholde innreiseforbudet, og at dette er en type vurdering som ligger til rette for overprøving ved domstolene. Jeg finner ikke grunn til å gå inn på Utlendingsnemndas praksis. Som lagmannsretten bemerker, kan den omstendighet at forvaltningen har innført visse retningslinjer for utøvelse av forvaltningsskjønn, ikke i seg selv flytte grensene for domstolenes prøvingskompetanse”*

På en annen side kan Høyesterett i Rt-2008-681 oppfattes slik at UNEs praksis styrkes rettskildemessig ved at praksisen tilsynelatende blir vedtatt i den nye utlendingsloven når de uttaler i Rt-2008-681 avsnitt 44:

*”Disse uttalelser er fulgt opp og lovfestet i lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her i § 38, som inneholder bestemmelser om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.”<sup>81</sup>*

Derfor er kanskje naturlig å forstå at Høyesterett i Rt-2008-681 dit hen at retten har foretatt en gjennomgang av utlendingsmyndighetenes praksis og tillegger lovgiver samme intensjon. Som jeg kommer til i punkt 4.4 mener jeg forankringen i de nye forarbeidene er feil, slik at UNEs praksis blir i det følgende drøftet som en selvstendig rettskildefaktor.

Høyesterett gjengir store deler av UNEs interne retningslinjer uten at det er klart hva de vektlegger. I Rt-2008-681 avsnitt 43 og 44 uttales det blant annet følgende:

*”Det framgår av § 2 første ledd at loven skal gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingens opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk, og av § 5 første ledd at hovedprinsipper for regulering av innvandringen er godkjent av Stortinget. Innvandringspolitiske hensyn er således sentrale både i forhold til vurdering av om det foreligger sterke menneskelige hensyn og om det skal gis tillatelse til opphold på dette grunnlag”*

En slik oppfatning av utl. § 8 annet ledd har den konsekvens at det i praksis, på tross av en to-leddet ordlyd, gjøres en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor man ikke lenger skiller

---

<sup>81</sup> ”Disse uttalelsene” i sitatet refererer seg til sitatet av UNEs praksis i foregående avsnitt i Rt-2008-681

betingelsesdelen og følgedelen i bestemmelsen. Ergo vil det ikke bli noe subsumsjonsskjønn igjen å prøve i bestemmelsen.

Utl. § 2 er lovens generelle formålsbestemmelse og lyder i sin helhet:

”Loven skal gi grunnlag for kontroll med inn- og utreise og med utlendingers <sup>1</sup> opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk.

Loven skal ivareta rettssikkerheten til utlendinger <sup>1</sup> som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her eller som søker en tillatelse etter loven.

Loven skal gi grunnlag for vern mot forfølgelse for flyktninger <sup>2</sup> og andre utlendinger <sup>1</sup> som er forfulgt. ”

Ordlyden gir etter min mening ikke holdepunkter for en slik spesifikk tolkning av utl. § 8 annet ledd ut fra en generell formålsbestemmelse. For som Echoff sier det er det ofte slik at formålet bare angir retningen og ikke hvor langt vi skal gå, og derfor gir liten veiledning ved løsning av tvilsomme avgrensningsspørsmål som i vårt tilfelle.<sup>82</sup> Det er ikke nødvendig å gå lenger enn til annet ledd for å se at utl. § 2 også uttaler som formål å ivareta rettssikkerheten til utlendinger som oppholder seg her eller søker om opphold. På samme måte som UNE og Høyesterett mener første ledd støtter en innskrenkende tolkning av ordlyden, kan andre ledd støtte den alminnelige forståelsen av en to-leddet vurdering av utl. § 8 annet ledd. I forlengelse av slik ordlyd kan det også argumenteres for en prøvelse av subsumsjonsskjønnet. Det viser at formålsparagrafen bør anses som en retningslinje som kan tolkes begge veier i vårt tvilsspørsmål, og således ikke gir noen løsning.

Utl. § 5 omhandler utøvelsen av myndighet etter loven og lyder i sin helhet:

”Stortinget godkjenner hovedprinsippene for regulering av innvandringen.

Kongen <sup>1</sup> gir forskrift <sup>2</sup> om regulering av innvandringen.

For øvrig gjennomføres loven av Kongen, departementet, <sup>3</sup> Utlendingsnemnda, <sup>4</sup> Utlendingsdirektoratet, politiet og andre offentlige myndigheter. Dersom det ikke fremgår direkte av loven, bestemmer Kongen <sup>1</sup> hvilke oppgaver og hvilken myndighet de ulike offentlige instanser skal ha etter loven.”

Første ledd er ikke anvisning på annet enn at det er Stortinget som regulerer prinsippene for innvandring. Stortingets syn på bestemmelsen kan få vekt gjennom etterarbeider, men i seg

---

<sup>82</sup> Eckhoff 2001 s. 105

selv bidrar utl. § 5 lite til hvordan utl. § 8 annet ledd skal tolkes konkret. Etter min oppfatning burde dette heller tale for å undersøke forarbeidende til ny utlendingslov istedenfor å følge UNEs fortolkning.

Både utl. §§ 2 og 5 er generelt utformede formålsbestemmelser, og slik de er utformet kan de ikke sies å gripe inn i en klar ordlyd som utl. § 8 med særlig styrke. Det uklart hvorfor Høyesterett uten drøftelse tar så bredt formulerte formål og konkluderer med at det gir støtte for at utl. § 8 annet ledd er ment som en helhetsvurdering. UNE kan derimot ha en god grunn for å foreta slike fortolkninger, siden de etter utl. § 38 første bare er bundet av lov eller forskrift. Dersom lovgiver mente at oppholdstillatelse skulle gis etter en slik helhetsvurdering kunne og burde lovgiver vedtatt en slik ordlyd direkte i § 8 annet ledd. Det er heller ikke gjort i ny utlendingslov.<sup>83</sup>

Boe kritiserer også måten UNEs praksis vektlegges i Rt-2008-681. Han begrunner blant annet sin kritikk en forvaltning kan ta innersvinger for å spare tid, få unna køer eller andre praktiske grunner. Videre at utlendingsmyndighetene har tatt feil med hensyn til lovforståelse og lovanvendelse en rekke ganger før.<sup>84</sup> Dette er grunner til at forvaltningspraksis tradisjonelt har liten vekt, og viser at det ikke er grunnlag for ut unntak i UNEs tilfelle.

I vurderingen av vekten av UNEs praksis legger jeg særlig vekt på at forankringen av praksisen i loven kun er i helt generelle formålsbestemmelser som ikke gir noen løsning på vårt spørsmål, at det ikke er holdepunkter for å fravike det tradisjonelle utgangspunktet om at forvaltningspraksis har lite vekt, og at Høyesterett selv har uttalt at slik praksis ikke har selvstendig betydning for domstolskontrollen på utlendingsfeltet.

---

<sup>83</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) til ny utlendingslov i selve forslaget til bestemmelsens utforming bakerst i proposisjonen under kap. 5 sterke menneskelige hensyn § 38 på side 463

<sup>84</sup> Boe Kritisk Juss 2009 s.27 pkt. f flg med videre henvisninger

Etter dette kan ikke UNEs praksis etter mitt syn få særlig vekt i spørsmålet om hvordan utl. § 8 annet ledd skal forstås.

#### 4.4 Forarbeidene til ny utlendingslov

Som nevnt er forarbeidene til den nye utlendingsloven nærmere til å uttrykke lovgivers vilje i spørsmålet om prøvingsintensitet av subsumsjonsskjønnet enn de gamle forarbeidene til 1988-loven. Rettskildemessig kan de betegnes som etterarbeider<sup>85</sup>, selv om den nye loven skal tre i kraft fra 1.januar 2010. I den nye loven er vilkårene i utl. § 8 annet ledd utformet på samme måte som i dag, i tillegg til at det er inntatt retningslinjer for bestemmelsens skjønn i ytterligere ledd.

Høyesterett mener at forarbeidene til ny utlendinglov konkret for utl. § 8 annet ledds vedkommende stadfester UNEs praksis i ny utlendingslov § 38, samtidig som forarbeidene generelt uttaler seg i retning av at bestemmelsen ikke kan prøves.

##### 4.4.1 § 38 i ny utlendingslov (tilsvarer gammel utl. § 8 annet ledd)

Jeg vil i det følgende avsnitt referere mye av § 38 i den nye utlendingsloven med tilhørende kommentarer (tilsvarer gammel utl. § 8 annet ledd) fordi jeg som tidligere nevnt anser det som sentralt hvordan lovgiver forstår bestemmelsen, og at min forståelse fraviker markant fra Høyesteretts oppfatning i Rt-2008-681. Høyesterett valgte å ikke referere ny utlendingslov § 38 med kommentarer i dommen.

Bestemmelsen Høyesterett mener stadfester UNEs praksis lyder i første til tredje ledd: <sup>86</sup>

*”§ 38 Oppholdstillatelse på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket*

---

<sup>85</sup> Se ovenfor i punk 4.2 om etterarbeidets rettskildemessige status

<sup>86</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) til ny utlendingslov i selve forslaget til bestemmelsens utforming bakerst i proposisjonen under kap. 5 sterke menneskelige hensyn § 38 på side 463

*Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.*

*For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om*

- a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,*
- b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,*
- c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller*
- d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.*

*I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.*

Ordlyden i første til tredje ledd taler for at det gjøres en selvstendig vurdering av vilkåret ”sterke menneskelige hensyn”, og ikke en slik totalvurdering som Høyesterett oppfatter er gjeldende rett etter nåværende utl. § 8 annet ledd på bakgrunn av UNEs interne retningslinjer. Det vises i den forbindelse til at lovgiver har gjengitt de mest praktiske hensynene for vurderingen av sterke menneskelige hensyn i andre ledd, og at verken innvandringspolitiske, likebehandlings- eller konsekvenshensyn er nevnt, selv om de må anses sentrale i bestemmelsen som en helhet.

Også ny utlendingslov § 38 fjerde ledd (gammel § 8 annet ledd) taler for dette synet, og lyder:

*Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder*

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,*
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,*
- c) hensynet til kontroll, og*
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.*

Lovgiveren skiller vurderingen for om vilkårene i første ledd er oppfylt i bestemmelsens fjerde ledd ved å uttrykkelig gjengi hensynene i vurderingen om tillatelse *skal* gis (”kan”-

skjønn), og så referere de politiske hensynene som går inn i en slik vurdering. I den særskilte kommentaren til bestemmelsen uttales det:

*”Det vil ikke alltid bli innvilget oppholdstillatelse selv om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” eller ”særlig tilknytning til riket” Det må foretas en avveining mot de innvandringsregulerende hensynene som gjør seg gjeldende.”<sup>87</sup> (min understrekning)*

Ordlyden taler altså klart for en separate rettslige vurderinger, og at bestemmelsen således har et subsumsjonsskjønn, samt et kan-skjønn.

En slik oppfatning støttes også av de særskilte kommentarene til ny utlendingslov § 38 annet ledd, hvor det uttales:

*”I annet ledd første punktum er det presisert at det må foretas en totalvurdering av saken når det skal vurderes om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette er i samsvar med fast og etablert forvaltningspraksis, og det er pedagogiske hensyn som er årsaken til at passussen eksplisitt er inntatt i bestemmelsen. Det tydeliggjøres her at flere ulike forhold som isolert sett ikke nødvendigvis utgjør «sterke menneskelige hensyn», etter en samlet vurdering kan gi grunnlag for oppholdstillatelse.”<sup>88</sup>*

Lovgiver har altså en annen oppfatning enn UNE om hva forvaltningspraksis av bestemmelsen er i dag, og det må ha betydning for forståelsen av utl. § 8 annet ledd. Det bemerkes at det ikke nevnes noen generelle formålsbestemmelser som skulle tilsi noen annen tolkning enn at vilkåret sterke menneskelige hensyn vurderes uten at innvandringspolitiske spiller noen nevneverdig rolle i avgjørelsen.

---

<sup>87</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingsloven fremgår det i del 21 merknader til de ulike bestemmelsene. I kapittel 5 behandles Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket på side 421 annen spalte annet avsnitt

<sup>88</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingsloven fremgår det i del 21 merknader til de ulike bestemmelsene. I kapittel 5 behandles Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket på side 420 annen spalte fjerde avsnitt

Videre forutsetter kommentaren til ny utlendingslov § 38 i ny lov at begrepet har en egen rettslig ramme når det uttales:

*”Hvorvidt det foreligger «sterke menneskelige hensyn» fordrer anvendelse av skjønn. Dette skjønn må utøves innenfor visse rettslige rammer. Mange ulike hensyn kan være relevante i vurderingen. Disse hensyn kan ha varierende vekt i ulike saker. Det må foretas en helhetlig og sammensatt vurdering. De mest praktiske hensynene er inntatt i annet ledd. For øvrig vises det til kapittel 7 i de alminnelige motiver.”<sup>89</sup>*

Etter en samlet vurdering av ny utlendingslov § 38 taler ordlyden med kommentarer klart for at vilkåret ”sterke menneskelige hensyn” er en selvstendig rettslig vurdering som således rommer et subsumsjonsskjønn. Det bør tillegges betydelig vekt, og nærmest utelukke at ”sterke menneskelige hensyn” bare er en retningslinje for ”kan”-skjønn i utl. § 8 annet ledd.

#### 4.4.2 Generelle uttalelser i nye forarbeider av betydning for forståelsen av utl. § 8 annet ledd

Høyesterett mener uansett i Rt-2008-681 at også andre mer generelle uttalelser i Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) taler i mot en domstolsprøvelse, og uttaler i avsnitt 45:

*”I Ot.prp.nr.75 (2006-2007) om ny utlendingslov fastslås innledningsvis under departementets vurderinger at terskelen for opphold på humanitært grunnlag berører klare politiske avveininger og har betydning for den samlede innvandring, jf. proposisjonen side 152 første spalte. Det framheves her at lovbestemmelsen ikke bør utformes slik « at den blir rettslig forpliktende ».”*

Det siterte fra departementet må ved alminnelig lesning gjelde ”terskelen” for opphold etter ny utlendingslov § 38 (utl. § 8 annet ledd), og ikke hvordan vilkårene i bestemmelsen skal forstås. Ordet ”terskelen” refererer seg etter vanlig oppfatning til noe som kan senkes noe

---

<sup>89</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingsloven fremgår det i del 21 merknader til de ulike bestemmelsene. I kapittel 5 behandles Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket på side 420 annen spalte annet avsnitt



eller justeres opp i rettslige sammenhenger. I kommentar til ny utlendingslov § 38 uttales det:

*”jo mer tungtveiende de menneskelige hensyn eller tilknytningen til Norge er, jo sterkere må også de innvandringsregulerende hensyn være for å avslå en søknad.”*<sup>90</sup>

Innvandringspolitiske hensyn styrer ”terskelen” for når for eksempel sterke menneskelige hensyn er oppfylt, men ”kan-skjønnnet” kommer likevel i etterkant av en vurdering etter første ledd. Det er den mest nærliggende løsningen ettersom en terskelstyring vil ha direkte innvirkning på den totale innvandringen, og sammenhengen i refererte avsnitt fra kommentaren til bestemmelsen. Derfor er uttalelsen Høyesterett viser til, etter min oppfatning, lite relevant for vårt spørsmål.

Noe som derimot er relevant etter min oppfatning, er å trekke frem hva departementet *ikke* har sagt i Ot.prp. nr 75 (2006-2007). Som tidligere nevnt er hovedregelen i forvaltningsretten at subsumsjonsskjønnet kan prøves ved inngrep i etablerte rettigheter<sup>91</sup> med mindre et unntak er særskilt begrunnet.<sup>92</sup> Slik sett kan en noe retorisk si at departementet egentlig burde begrunnet særskilt hvorfor bestemmelsens subsumsjonsskjønn *ikke* skulle prøves etter gjeldende rett. Det gjorde ikke departementet i proposisjonen.

Regjeringsadvokaten ga ikke uttrykk i høringsforslaget sitt noe om en særskilt prøvelse av subsumsjonsskjønnet utover at han mener at utlendingsmyndighetene generelt er bedre egnet til ta stilling til alle spørsmål på utlendingsfeltet.<sup>93</sup> Forslaget omfattet således også

---

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingsloven fremgår det i del 21 merknader til de ulike bestemmelsene. I kapittel 5 behandles Adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket på side 420 annen spalte annet avsnitt

<sup>91</sup> Som nevnt kan utl. § 8 annet ledd gjelde både etablerte og ikke-etablerte rettigheter

<sup>92</sup> Med forbehold om diskusjonen om etablerte og ikke-etablerte rettigheter se oppgavens punkt 3.2

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) punkt 7.5.7 til bestemmelsens sjette ledd og andre spørsmål om saksbehandlingen

domstolskontrollen etter den såkalte myndighetsmisbrukslæren og alminnelige faktaspørsmål. Departementet hadde altså et incentiv til å uttrykke seg klart vedrørende domstolskontrollen og/eller hva de anser utlendingsmyndighetene spesielt egnet til, men valgte mer eller mindre bevisst å ikke gjøre dette.

Det departementet faktisk sier (og som Høyesterett ikke nevner i Rt-2008-681) er at ”det er de ordinære rammer og prinsipper for domstolenes prøvelsesrett som kommer til anvendelse hva gjelder innholdet av utlendingsmyndighetenes frie skjønn i henhold til denne bestemmelsen”.<sup>94</sup> Det vil si at lovgiver gir sin tilslutning til at det er det ordinære prinsippet i forvaltningsretten som gjelder ved prøvelsen av utl. § 8 annet ledd.

At lovgiver ser på en prøve av subsumsjonsskjønnet som en viktig del av rettssikkerheten til utlendinger under den nye utlendingsloven, kan også leses ut fra det departementet skriver på bakgrunn av at det i rettspraksis har utviklet seg en prøvelsesadgang av forholdsmessighetsvurderingen i utvisningssaker (som også er et subsumsjonsskjønn).<sup>95</sup> Departementet uttaler:

*”Rettssikkerheten må anses betryggende ivaretatt ved en forvaltningsmessig behandling innenfor rammene av herværende lovforslag. Rettssikkerheten sikres for øvrig også gjennom adgangen til etterfølgende domstolsprøving av forholdsmessighetsvurderingen.”*<sup>96</sup>

Det taler for at det i ”de ordinære rammer og prinsipper i den alminnelige prøvelsesretten” ligger en betydelig tillit til at domstolene i forhold til ul. § 8 annet ledd selv avgjør om de skal prøve subsumsjonsskjønnet. Det kan også hevdes at det fra lovgivers side, som i forhold til utvisning, ses på positivt i form av en ekstra rettssikkerhetsgaranti.

---

<sup>94</sup> Ot prp nr 75 (2006-2007) i pkt. 7.6.5

<sup>95</sup> Rt-1998-1795, Rt-2000-591, Rt-2005-229

<sup>96</sup> Ot.prp.nr 75 (2006-2007) pkt. 15.6.6

Sett under ett gir de generelle uttalelsene (eller manglende uttalelse) støtte for forståelsen i forrige avsnitt av ny utlendingslov § 38. Det støtter at subsumsjonsskjønnet bør kunne prøves også i utl. § 8 annet ledd.

#### 4.4.3 Konklusjon vedrørende forarbeider til ny utlendingslov

Forarbeidene til den nye utlendingsloven taler for at det eksisterer en betingelsesside for sterke menneskelige hensyn med en rettslig ramme i utl. § 8 annet ledd, på bakgrunn av ordlyden i ny utlendingslov § 38 og de generelle uttalelsene i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007). Dette bør tillegges betydelig vekt og avgjør langt på vei spørsmålet om det finnes et subsumsjonsskjønn i utl. § 8 annet ledd.

Det må bemerkes at ”særlig tilknytning til riket” ikke er nevnt i like stor grad som ”sterke menneskelige hensyn”. Det kan likevel antas at det gjelder samme prinsipp for begge vilkårene ettersom departementet mener det normalt sett vil foreligge sterke menneskelige hensyn der hvor det foreligger særlig tilknytning til riket. Departementet beholder det separate vilkåret ”særlig tilknytning til riket” av hensyn til tilfeller det kan tenkes tilfeller som ikke omfattes av begrepet sterke menneskelige hensyn.<sup>97</sup>

Samlet sett viser analysen over at domspremissene til Høyesterett ikke synes å være forankret i forarbeidene til den nye utlendingsloven. Når det gjelder vekten av UNEs praksis, når denne ikke er tatt inn i forarbeidene, uttalte som nevnt Høyesterett i dommen inntatt i Rt-2008-560 at UNEs praksis i seg selv ikke kunne flytte grensene for domstolskontrollen. Det er derfor grunn til å anta at det var av avgjørende betydning for Høyesterett at en la til grunn at UNEs praksis tilsynelatende var lovfestet i den nye utlendingsloven.

At denne praksisen, til tross for hva Høyesterett legger til grunn, ikke var forankret i de nye forarbeidene, taler etter mitt syn for at rettskildeverdien av dommen er begrenset. Særlig

---

<sup>97</sup> Ot.prp.nr.75 2006-2007 pkt. side 153 annen spalte 2 avsnitt

med tanke på forankringen synes å ha vært nødvendig for konklusjonen. Da bør ikke Rt-2008-681 etter min mening få betydning som prejudikat for andre saker. Uavhengig av om man er enig om de nye forarbeidenes betydning som etterarbeider i forhold til utl. § 8 annet ledd, er det klart at loven sannsynligvis trer i kraft 1.januar 2010. Det er tross alt ikke lenge til.

#### 4.5 Tidligere rettspraksis

Spørsmålet i dette avsnittet er om tidligere rettspraksis på området har vekt i avgjørelsen av vår problemstilling. Høyesterett mener det ikke er grunnlag for å fravike den rettsoppfatning som er kommet til uttrykk i Høyesteretts retts dom Rt-1997-1784 og kjennelsen fra Høyesteretts kjæremålutvalg Rt-2003-1287, og mener Rt-2008-560 underbygger det samme.<sup>98</sup>

Oppgavens problemstilling er knyttet til et bredere omfang av relevante rettskilder<sup>99</sup>, og det antas at det har generelt vært en rettsutvikling på forvaltningsrettens område i etterkant av Rt-1997-1784 og Rt-2003-1287. Dommene tillegges således ikke noen ytterligere oppmerksomhet, da Høyesterett i Rt-2008-681 etter min oppfatning ikke bruker dommene som noe annet enn et argument som støtter selve konklusjonen. Begrunnelsen i Rt-1997-1784 og Rt-2003-1287 for konklusjonene er lite underbygget i domspremissene.

I Rt-2008-560 var spørsmålet som sagt en ”dobbelbehandling” av et gyldig utvisningsvedtak, og selv om dommen som nevnt punkt 3.2 kan gi anvisning på et skille mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter anses den kommentert tidligere der den kunne ha særlig betydning.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Rt-2008-681 avsnitt 46

<sup>99</sup> Særlig forarbeidene til ny utlendingslov

<sup>100</sup> Se oppgavens punkt 3.2

Etter dette legges det ikke særlig vekt på tidligere rettspraksis om utl. § 8 annet ledd.

#### 4.6 Menneskerettighetsbestemmelseres innvirkning på prøvelsesintensiteten

Spørsmålet er hvilken innvirkning tilknytning til menneskerettighetsbestemmelser har på prøvelsesintensiteten av vedtak etter utl. § 8 annet ledd. Som nevnt ovenfor i punkt 3.2 kan menneskerettighetsbestemmelser innvirke på prøvingsintensiteten, og som redegjort for i metod delen kan EMDs metode få innvirkning på spørsmålet i saker som omhandler EMK. Jeg vil først ta for meg det konkrete tilfellet i Rt-2008-681, og deretter knytte noen generelle kommentarer som går utover saken i dommen.

##### 4.6.1 Rt-2008-681s forhold til EMK art.3

I Rt-2008-681 anførte utlendingen at:

*” Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) anføres å være et tolkingsmoment ved vurdering av omfanget av domstolenes kontroll med forvaltningen. En utsendelse kan være i strid med EMK artikkel 3. I forhold til EMK må domstolene prøve saken fullt ut uten hensyn til statenes skjønnsmargin i forhold til spørsmålet om det foreligger krenkelse.”*<sup>101</sup>

Høyesterett drøftet ikke denne anførselen utover å si at:

*”det ikke foreligger forhold som medfører at EMK artikkel 3 om forbud mot tortur eller umenneskelige eller nedverdiggende behandling er krenket.”*<sup>102</sup>

Ut fra domspremissene er det ikke klart om utlendingen anfører brudd på EMK i relasjon til beskyttelsesgrunner eller helseanførsler, men ut fra dom i Borgarting lagmannsrett fra 19. november synes det som det i hovedsak anlegges helseanførsler.<sup>103</sup> Det fremgår at det også

---

<sup>101</sup> Rt-2008-681 avsnitt 17

<sup>102</sup> Rt-2008-681 avsnitt 48

<sup>103</sup> LB-2007-35224 2. avsnitt under saksøkers anførsler

anføres at det er relevant med beskyttelsesgrunner, men mer som et hensyn i vurderingen av helseanførslene. Det antas derfor at det samme var anført for Høyesterett.

For å følge Høyesteretts metode i utvisningssaker er det som nevnt grunnlag for å mene at dersom en vurdering etter utl. § 8 annet ledd langt på vei er sammenfallende med en forpliktelse etter EMK taler det for at bestemmelsen kan prøves.<sup>104</sup> For å fastslå om en slik virkning foreligger i en konkret sak er det naturlig å gå inn på de hensyn bestemmelsene er ment å beskytte, og se om de overlapper hverandre i stor grad.

Vurderingene som vilkårene ”sterke menneskelige hensyn” og ”særlig tilknytning til riket” bygger på er en rad ulike hensyn av beskyttelses-, humanitære eller velferdsgrunner som ikke kan angis uttømmende. Likevel har lovgiver gitt en del signaler på hvilke hensyn som er særlig relevante alene eller i kombinasjon med hverandre i vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Det kan være sikkerhetsmessige, humanitære, sosiale forhold ved retursituasjonen, helsemessige forhold, barnets beste, enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur, om utlendingen har vært offer for menneskehandel og utlendingens tilknytning til Norge gjennom familie og/eller botid.<sup>105 106 107 108</sup>

Det er ikke tvil om at helseanførsler ved retur til hjemlandet i utgangspunktet omfattes av EMK art. 3, men det er svært strenge vilkår for et returvern på det grunnlag, jf. EMDs redegjørelse for rettstilstanden i avgjørelsen i storkammer N v. United Kingdom fra 27. mai 2008.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Oppgavens pkt 4.1

<sup>105</sup> St.meld. nr. 17 (2000-2001) kap 4

<sup>106</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingsloven i punkt 7.6.3

<sup>107</sup> I kapittel 5 i Ot.prp nr. 75 (2006-2007) til den nye utlendingslovens del 21 under merknader til de ulike bestemmelsene behandles adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket i forhold til § 38 side 420 første spalte første avsnitt

<sup>108</sup> Barnekonvensjonens art. 3 nr. 1 jf. utl. § 4

<sup>109</sup> N v. United Kingdom fra 27. mai 2008 para 29 flg.

Det var på bakgrunn av EMDs praksis klart at det i Rt-2008-681 ikke var brudd på EMK art. 3 på grunn av epilepsien utlendingen fikk som følge av scooterulykken. Derfor kan det i denne saken synes ganske klart at forpliktelsen etter EMK art. 3 ikke er sammenfallende med vurderingen etter utl. § 8 annet ledd om sterke menneskelige. Det er derfor ikke grunnlag for kritikk av Høyesterett på dette punkt.

#### 4.6.2 Generelle bemerkninger til menneskerettighetsforpliktelser

På bakgrunn av at EMK og andre menneskerettslige forpliktelser er minimumsstandarder er det naturlig å si at de kan binde en skjønnsutøvelse i utl. § 8 annet ledd til å ikke bryte med disse. For å fastslå nærmere hvordan de menneskerettslige forpliktelsene påvirker internrettslige bestemmelser som utl. § 8 annet ledd er det en del spørsmål som det ikke er plass for i oppgaven.<sup>110</sup> Likevel skal jeg peke på noen som har fremkommet i rettspraksis.

Et grunnleggende spørsmål er i hvert fall hvordan domstolene skal forholde seg til statens skjønnsmargin når det gjelder EMK art.8.<sup>111</sup> Staten hevdet i Rt-2000-591 at staten må innrømmes tilsvarende skjønnsmargin i forholdsmessighetsvurderingen i norsk internrett som staten ville ha blitt innrømmet etter EMK art. 8. Til den anførselen svarte flertallet i Høyesterett (dissens 4-1) i Rt-2000-591 på side 596 flg.:

*”Høyesterett har riktignok i Rt-1998-1795 uttalt at forholdsmessighetsvurderingen etter § 30 tredje ledd « langt på veg [vil] være sammenfallende med den avveining som skal foretas etter [art.8]«. Jeg kan imidlertid vanskelig forstå denne uttalelsen dithen at forholdsmessighetsvurderingen etter § 30 tredje ledd antas å inneholde et tilsvarende vidt spillerom for forvaltningens skjønn som art. 8 tilstår statene. En slik forståelse ville harmonere dårlig med at det er tale om en avveining av typisk rettslig karakter i forbindelse med vedtak om svært tyngende inngrep i den personlige frihet, og den har ikke dekning i det som ellers sies i dommen om prøving av forholdsmessigheten etter § 30 tredje ledd. Uttalelsen inneholder for øvrig en henvisning til Rt-*

---

<sup>110</sup> For eksempel drøfte helt ut parallell virkningen av menneskerettigheter og forpliktelser etter internretten i lys av at forvaltningen kan synes som de foretrekker å behandle sakene primært under internretten. Det kan igjen være i strid med at det er statene som skal ”reparere” brudd på EMK osv, osv.

<sup>111</sup> Staten har som kjent ikke slik skjønnsmargin ved en absolutt rettighet som EMK art.3. Se for eksempel Lambert 2006 s. 27 flg.

*1996-551. Her gir Høyesterett uttrykk for at en prøving etter EMK art. 8 « i realiteten ikke vil skille seg vesentlig fra en eventuell prøvelse ... etter utlendingsloven § 30 tredje ledd, etter vanlige internrettslige regler ». Denne uttalelsen kan imidlertid vanskelig ses løsrevet fra at det i intern rett da var lagt til grunn i Rt-1995-72 at forholdsmessighetsvurderingen tillå forvaltningen som fritt skjønn.”*

Vi kan fra dette tenke oss at kriteriet ”langt på vei sammenfaller med” ikke betyr at vurderingene mellom den EMK-rettslige bestemmelsen og den internrettslige bestemmelsen må være i det vesentligste like. Skjønnsmarginen kan likevel få betydning for hvor langt EMK etter art. 8 sammenfaller med et vedtak fattet under utl. § 8 annet ledd.

Overført til vårt tilfelle er det naturlig ut fra Høyesteretts praksis at utl. § 8 annet ledd til en viss grad må sammenfalle med, men ikke i det vesentligste konsumeres av de internasjonale forpliktelsene før det taler for en prøvelse av subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd. EMK er som kjent en minimumsstandard dom setter en rettslig ramme for skjønnsfriheten i utl. § 8 annet ledd, mens BK art.3 nr. 1 er sentralt i alle vedtak som omfatter barn. Det er det et poeng at staten har særlig plikt til å sikre at menneskerettighetene skal følges, jf. Grunnlovens § 110 c og formålet om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett etter menneskerettighetsloven § 1. En måte å gjøre det på er å sikre at domstolene går lenger i sin prøvelsesintensitet ved klassiske menneskerettighetsinngrep fra staten. Vedtak etter utl. § 8 kan ofte omhandle slike inngrep.

I de tilfeller det er tale om EMK ligger det en forpliktelse i EMKs system at det er nasjonale domstoler som i første rekke skal reparere menneskerettighetsbrudd, slik at en lojal etterlevelse av konvensjonen går i samme retning som mrl. og Grunnloven.<sup>112</sup> Det kan heller ikke legges til grunn at staten vil få noen skjønnsmargin hvis forpliktelsen sammenfaller med EMK art. 8.

Rt-2008-681 behandler ikke denne problematikken, og rekkevidden av dommen må på dette punktet begrenses av at konklusjonen om EMK bare er en tilføyelse utenfor de deler

---

<sup>112</sup> Se for eksempel Judgement EMD, Sisojeva and others v. Latvia from 15 January 2007 para 90 og 91



som begrunner selve resultatet. Etter prejudikatlæren må således ikke en domstol legge vekt på Rt-2008-681 hvis et slikt spørsmål kommer for domstolen.<sup>113</sup>

#### 4.7 Foreløpig oppsummering av kritikken av Rt-2008-681

På bakgrunn av gjennomgangen av utl. § 8 annet ledds ordlyd, forarbeidende til 1988-loven, UNEs praksis og forarbeidende til den nye utlendingsloven er ikke grunnlag for å si at ordlyden i utl. § 8 annet ledd innskrenkes til en helhetsvurdering.

Konsekvensen av at ordlyden i utl. § 8 annet ledd følges er at man forvaltningsrettslig kan være tilbake i hovedregelen i forvaltningsretten (litt avhengig av Høyesteretts syn på skillet mellom etablerte og ikke-etablerte rettigheter). Spørsmålet er da om en prøvelse av subsumsjonsskjønnet likevel ikke er aktuelt på bakgrunn av utl. § 8 annet ledds skjønnsmessige karakter eller at en full prøvelse krever kunnskap av utpreget faglig karakter. Derfor er det naturlig å behandle de nevnte unntak før en endelig oppsummering.

##### 4.7.1 Unntaket om utpreget faglig karakter

Det er som nevnt i punkt 4.2 ikke grunnlag for å oppstille noe generelt prinsipp om tilbakehold ved prøvelse av de faktiske forhold vedtaket bygger på.<sup>114</sup> Videre er det vist i punkt 3.2 at ordlyden egner seg for overprøving. Spørsmålet i det følgende er om det kan være andre vurderinger i saker etter utl. § 8 annet ledd som krever utpreget faglig karakter.

Særlig kan det problematiseres om den konkrete vektningen av den samme fakta krever utpreget faglighet. Som nevnt tidligere må vurderinger av brudd på menneskerettighetsforpliktelser i utgangspunktet ses på som lovbundne skjønn.<sup>115</sup> Det kan derfor spørres hvorfor domstolene i håndtering av samme hensyn (men ikke alltid i samme utstrekning) ikke anser seg kompetente til å gjøre nesten samme vurdering i utl. § 8 annet

---

<sup>113</sup> Om utgangspunktet for min prejudikatlære, se oppgavens punkt 3.3

<sup>114</sup> Rt-2007-1573 avsnitt 49

<sup>115</sup> Se oppgavens punkt 2.1, 3.2 og 4.7

ledd. Hvordan skal for eksempel domstolene skille mellom en forpliktelse til å gi oppholdstillatelse under EMKs art 8s rett til privat- og familieliv, og en vurdering av om samme utlending oppfyller vilkåret ”særlig tilknytning” til riket i utl. § 8 annet ledd hvis de ikke er faglig kompetente til å foreta vurderingen? Det er i det vesentligste ofte samme hensyn som skal vurderes, dvs. i hovedsak botid, tilknytning til Norge m.m mot tilknytning til hjemlandet og returnmuligheter m.m. I Rt-1998-1795 uttales også en slik forholdsmessighetsvurdering til å være av typisk rettslig karakter.<sup>116</sup>

I mange av disse spørsmålene må man naturlig nok ta stilling til mange spørsmål som selv fagfolk ikke kan gi sikre svar på ut fra sine kunnskaper, og ofte når det gjelder fremtidsrettede vurderinger. For eksempel er det vanskelig å vurdere en humanitær situasjon i Afghanistan eller om det vil være til ”barnets beste” om en familie flytter til sitt hjemland under svært forskjellige levevilkår enn i Norge.

Under disse vurderingene vil det kunne hevdes at utlendingsmyndighetene med sin fagkunnskap er best egnet til å foreta slike vurderinger.<sup>117</sup> På en annen side må det kunne legges til grunn at for eksempel en psykolog med spesialisering og lang erfaring med barn vil ha bedre forutsetninger for å uttale seg konkret om ”barnets beste” enn en nemndleder hos UNE med juristbakgrunn, mens uavhengige eksperter vil kunne uttale seg om akkurat det som er bevisetema i Afghanistan. Dersom enkelte saker byr på særlige problemer vil man kunne løse dette med bruk av sakkyndige og/eller fagkyndige meddommere. Siden Oslo er fast verneting for utlendingssaker bygges formodentlig kunnskapen raskt opp i dommerkollegiene, slikt at noen utstrakt bruk av andre blir det nok ikke tale om.

Uansett hvordan man ser dette er det spørsmål man må avgjøre ut fra alminnelig erfaring, sunn fornuft og bevisregler. Siden domstolene alltid er den institusjon i samfunnet som må gi svar uansett hva slags spørsmål de får seg forelagt kan man si domstolene er særlig egnet

---

<sup>116</sup> Rt-1998-1795 side 1803

<sup>117</sup> Særlig ved forvaltningens uavhengige organ for Landinformasjon, Landinfo. Se mer på [www.landinfo.no](http://www.landinfo.no)

til bevisbedømmelse i tilfeller det ikke finnes sikre svar. Det er en utpreget rettslig aktivitet og vurderingene kan på det grunnlag kalles rettslige.<sup>118</sup>

Etter dette mener jeg det ikke grunnlag for å gjøre unntak fra å prøve subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd på grunn av vurderingens faglige karakter. Det legges særlig vekt på at domstolene prøver den fakta som ligger til grunn vedtakene, at domstolene er særlig egnet til det som i hovedsak kan kalles rettslige bevisvurderinger, at domstolen i tvilstilfeller kan gjøre bruk av sakkyndig/fagkyndig meddommer, at domstolene prøver samme type vurderinger i andre saker og tilslutt at hensynet til rettssikkerhet taler for en mer objektiv kontradiksjon.

#### 4.7.2 Unntaket for skjønnsmessige bestemmelser

Det andre unntaket fra full prøvelse av subsumsjonsskjønnet Høyesterett nevner er når loven er skjønnsmessig. Poenget for lovgiver med å gi forvaltningen særlig fullmakt i skjønnsmessige lover er, ifølge den generelle oppfatningen i forvaltningsrettslig teori, at den skal ”skjønne” ut fra faglige, politiske og/eller etiske vurderinger.<sup>119</sup> Tolle Stabell mener at politiserte saker på sikt er egnet til å eksponere domstolene for indre uenighet og potensielt tap av autoritet.<sup>120</sup> Spørsmålet her er hvor skjønnsmessig utl. § 8 annet ledd er når bestemmelsen er ferdig tolket.

Menneskerettighetsbestemmelser påvirke utl. § 8 annet ledds utgangspunkt. For eksempel vil hensynet til ”barnets beste” til en viss grad binde skjønnet i alle saker som har med barn å gjøre. BK art. 3 nr. 1 lyder som følgende:

---

<sup>118</sup> Graver på side 257 siste avsnitt

<sup>119</sup> Graver s. 259

<sup>120</sup> Stabell 2002 i konklusjonen i avsnitt 7

*“1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”*

Etter ordlyden er domstolene direkte bundet av hensynet til barnets beste, og det går foran norsk lov etter ul. § 4. Det betyr egentlig at domstolene i medhold av barnekonvensjonen må kunne prøve forvaltningens forståelse av begrepet ”barnets beste” og i tillegg kan - og ex officio skal - føre kontroll at hensynet er vurdert og forsvarlig vurdert mot de andre hensynene i saken.

Lovgiver har uttrykkelig i forarbeidende til den nye utlendingsloven (etterarbeider til dagens utl. § 8 annet ledd) presisert at jo større betydning avgjørelsen har for barnets situasjon, desto mer skal det til for å legge vekt på barnets situasjon. Videre understrekes det at det i visse sammenhenger ikke vil være adgang til å legge avgjørende vekt på innvandringspolitiske hensyn.<sup>121</sup>

Det betyr at lovgiver mener at hensynet til barnet også kan få gjennomslag overfor kan-skjønnet i utl. § 8 annet ledd, og derfor er det naturlig å slutte fra det mer til det mindre at domstolene må kunne prøve dette hensynet under subsumsjonsskjønnet.

Lovgiver har som nevnt i punkt 4.7 også gitt en del andre retningslinjer for hvordan skjønnet skal utøves, og dermed er en del bærende elementer i skjønnet allerede fastlagt.

Dette bør være kurant for domstolene å kontrollere om utlendingsforvaltningen faktisk vurderer utl. § 8 annet ledd i tråd med lovgivers begrensninger av skjønnsfriheten gjennom menneskerettigheter og retningslinjer for skjønnet. Selve vektingen av hensynene er domstolene vant til ut fra alminnelige forholdsmessighetsvurderinger på utlendingsområdet ved for eksempel tilbakekall eller om en utvisning er uforholdsmessig. Det medfører at ordlyden i § 8 annet ledd ikke er så skjønnsmessig at den bør unntas for en prøvelse av subsumsjonsskjønnet.

---

<sup>121</sup> I innst. O. nr 42 -2007-2008 side 26 første spalte fjerde og femte avsnitt

#### 4.8 Endelig konklusjon etter analysen av Rt-2008-681

Konklusjonen etter analysen deles opp i tre sentrale spørsmål når prøvelsesintensiteten i vedtak etter utl. § 8 annet ledd skal avgjøres av domstolene.

##### 4.8.1 Har utl. § 8 annet ledd et subsumsjonsskjønn?

Det første spørsmålet som må besvares er om utl. § 8 annet ledd gir anvisning på en selvstendig rettslig ramme i betingelsesdelen, og således rommer et subsumsjonsskjønn.

Jeg fant i punkt 4.1 at ordlyden i utl. § 8 annet ledd som utgangspunkt har et subsumsjonsskjønn. Det var heller ikke holdepunkter for å fravike utgangspunktet i medhold av forarbeidene til utlendingsloven av 1988 eller UNEs praksis.<sup>122</sup> Det som etter min mening avgjør spørsmålet helt, er at forarbeidene til ny utlendingslov taler klart for at utl. § 8 annet ledd har en selvstendig rettslig ramme, og gir anvisning på de viktigste retningslinjene for skjønnet i hver del av utl. § 8 annet ledd.

Konklusjonen er at utlendingsloven § 8 annet ledd rommer et subsumsjonsskjønn.

##### 4.8.2 Kan subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd prøves?

Det neste spørsmålet som må besvares er om domstolene kan prøve subsumsjonsskjønnet bestemmelsen rommer.

Jeg mener generelt at subsumsjonsskjønnet bør prøves av rettssikkerhetshensyn<sup>123</sup>, siden jeg finner at unntakene for faglighet og skjønnsmessighet ikke bør komme til anvendelse på generelt grunnlag.<sup>124</sup> Utl. § 8 annet ledd kan som sagt romme mange typer vedtak, hvor til

---

<sup>122</sup> Se oppgavens punkt 4.2 og 4.3

<sup>123</sup> Jf. hovedregelen om dette i forvaltningsretten

<sup>124</sup> Unntakene for skjønnsmessighet og utpreget faglig karakter er behandlet i punkt 4.7.1 og 4.7.2

dels ulik hensyn gjør seg gjeldende. På grunn av usikkerheten det medfører kan det tenkes tilfeller hvor vedtaket taler sterkere eller mindre for prøving. Særlig sterkt står prøvingsadgangen ved sterke inngrep i klassiske menneskerettigheter, og vedtak som er sammenfallende med den type forpliktelser.

Konklusjonen er at det som hovedregel bør være adgang til å prøve subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd

#### 4.8.3 Hvilken betydning har Rt-2008-681 som prejudikat?

Det siste spørsmålet er prejudikativirkingen av Rt-2008-681.

For meg er Høyesteretts tilsynelatende feiloppfatning av forarbeidene til den nye utlendingsloven avgjørende for at jeg mener at Rt.-2008-681 ikke bør anses som et prejudikat i noen saker. Uavhengig av om man er enig om de nye forarbeidenes betydning som etterarbeider i forhold til dages utl. § 8 annet ledd, er det uansett klart at loven sannsynligvis trer i kraft 1.januar 2010. Det bør ha betydning for domstolene fremover.

Dersom man likevel legger rettssetningen i Rt-2008-681 til grunn, begrenses rekkevidden av dommen i saker hvor menneskerettigheter er sentrale hensyn. Det er på grunn av at prejudikatlæren taler for at en domstol ikke må legge til grunn Rt-2008-681 i slike spørsmål, fordi de ikke har vært en del av begrunnelsen for rettssetningen.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Om utgangspunktet for prejudikatlæren oppgaven bruker, se oppgavens punkt 3.3

## **5 Betydningen av rettssetningen i Rt-2008-681 i saker for Borgarting lagmannsrett**

### **5.1 Innledning til Borgarting lagmannsretts bruk av Rt-2008-681**

I dette avsnittet skal det gis noen eksempler på hvordan Rt-2008-681 faktisk er forstått av Borgarting lagmannsrett.<sup>126</sup> Jeg vil knytte enkelte kommentarer til lagmannsrettsdommene under de tema, hvor det kan være tvil om prejudikativirkingen til Rt-2008-681 etter analysen i punkt 4.<sup>127</sup>

#### **5.1.1 Saker hvor hensynet til barnets beste er sentralt**

I Borgarting lagmannsretts dom av 13.oktober<sup>128</sup> kom saken for retten etter at UNE avsto søknad om asyl og opphold i Norge fra en iransk kvinne med to barn, som var henholdsvis 14 og 8 1/2 år da de kom til landet.

Under henvisning til Rt-2008-681 finner lagmannsretten uten særskilt drøftelse av BK art. 3 nr. 1 at subsumsjonsskjønnet i saken ikke kan prøves.<sup>129</sup> Barn var ikke tema i Rt-2008-681, men rettssetningen oppfattes likevel feilaktig som prejudikat og lagmannsretten går rett inn i domstolskontrollen gjennom myndighetsmisbrukslæren.

Lagmannsretten fant likevel at vedtaket var grovt urimelig, og la avgjørende vekt på at hjemsendelse ikke var til barnas beste, og at familien var godt integrert etter å ha vært her i 3 år og 10 måneder. Det ble særlig sett hen til det yngste barnets lære- og adferdsvansker. Dette er alle hensyn som burde vært prøvet gjennom hensynet til barnets beste.

---

<sup>126</sup> LB-2008-40393, LB-2008-14365-2, LB-2008-53345-2, LB-2008-81478 og I LB-2008-56144

<sup>127</sup> To lagmannsrettsdommer vil ikke bli kommentert fordi de ikke anses å tilføre oppgaven noe som eksempel. Det er LB-2008-14365 og LB-2008-53345-2

<sup>128</sup> LB-2008-40393

<sup>129</sup> Se eksempelet i oppgavens punkt 4.7.2 på hvorfor hensynet til barnets beste må kunne prøves av domstolene

Derimot drøye to måneder senere prøver Borgarting lagmannsrett i dom av 22. desember 2008<sup>130</sup> hensynet til ”barnets beste” med kort referanse til utl. § 4, og at retten prøver dette hensynet i forbindelse med barnevernloven. Rt-2008-681 gjør likevel at lagmannsretten oppstiller et prinsipp om tilbakehold når de uttaler at det ”må utvises forsiktighet ved prøvelsen”.

Det er vanskelig å si om Rt-2008-681 fikk avgjørende utslag i noen av dommene. I dommen av 22. desember finner lagmannsretten på tross av at de prøver barnets beste at UNE ikke hadde foretatt feil rettsanvendelse, mens i dommen fra 13. oktober kan det fortsatt få avgjørende betydning. Dommen fra 13. oktober skal opp i Høyesterett, og den er som kjent meget restriktiv med å kjenne vedtak grovt urimelige.<sup>131</sup>

#### 5.1.2 Saker hvor forpliktelsen etter EMK sammenfaller med utl. § 8 annet ledd

I dom av Borgarting lagmannsrett av 14. november 2008<sup>132</sup> var Rt-2008-681 avgjørende for at subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd ikke kunne prøves. Dette til tross for at utlendingenes krav etter EMKs artikkel 8s rett til privatliv var vesentlig sammenfallende med vurderingen etter utl. § 8 annet ledd. Det at lagmannsretten under tvil kommer til at EMK art. 8 ikke er brutt, gjør at er grunnlag for å si at vurderingen langt på vei sammenfaller med vilkåret om ”særlig tilknytning til riket”.

Dessverre er ikke lagmannsretten tvunget til å ta stilling til Rt-2008-681 i lys av parallellvirkningen med EMK art. 8, fordi anførselen om full prøvelse av subsumsjonsskjønnet ble frafalt under henvisning til Rt-2008-681.

Lagmannsretten drøfter således ikke om Rt-2008-681 egentlig har noen betydning for tilfeller med stor grad av nærhet til EMK. Retten kommer som sagt til at EMK art. 8 ikke er

---

<sup>130</sup> LB-2008-81478

<sup>131</sup> Rt-1993-587 og Rt-1995-738

<sup>132</sup> LB-2008-56144



brutt under tvil, og EMDs strengere praksis og videre skjønnsmarginen i saker med forutgående ulovlig opphold kan ha vært avgjørende. Domstolene kunne ikke tilkjent staten noen skjønnsmargin under en prøvelse av subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd.

Jeg forstår dommen slik at UNE mener det er en del av rettsanvendelsen (subsumsjonsskjønnet) å ta stilling til vekten av faktisk ulovlig opphold, selv om de sier det kunne like gjerne vært vurdert av "kan"-skjønnet. Lagmannsretten tar ikke stilling om hensynet kan sies å være en del av subsumsjonsskjønnet eller "kan"-skjønnet siden anførselen ble trukket.

Hvis man bruker utl. § 8 annet ledd slik den er redegjort for gjennom alminnelig juridisk metode gjennom oppgaven, er det mest nærliggende å si at den faktiske tilknytningen i relasjon til om vilkåret "sterke menneskelige" hensyn er oppfylt er en del av subsumsjonsskjønnet. En eventuell nektelse av oppholdstillatelse og/eller styring av terskelen for "særlig tilknytning til riket" hensyn på bakgrunn av ulovligheten av en slik tilknytning kan anses som en del av "kan"-skjønnet.

Uansett synes det ikke i saken å være uenighet mellom partene vedrørende det faktiske oppholdet, men det faktum at utlendingsmyndighetene mener at barna har en relativt sterk tilknytning til hjemlandet etter bevisførselen. Her er lagmannsretten enig med staten at tilknytningens relative vekt er en del av det subsumsjonsskjønn som ikke kan prøves, men mener til forskjell fra UNE at barna bare har en viss tilknytning til hjemlandet.

Samlet sett kunne en prøvelse av subsumsjonsskjønnet fått avgjørende betydning ettersom UNEs rådgiver som uttalte seg i lagmannsretten, mente det sjelden finnes saker hvor man står overfor ulovlig opphold av samme lengde som i saken. Synspunktet kunne styrkes ytterligere av at utlendingene i saken var mindreårige når det ulovlige oppholdet startet, og at det var flere samvirkende omstendigheter som gjorde at de ikke reiste ut av landet etter negativt vedtak.

Rt-2008-681 kan altså feilaktig fått betydning for utfallet i saken.

### 5.1.3 Oppsummering av lagmannsrettens bruk av Rt-2008-681

Borgarting lagmannsrett tolker Rt-2008-681 generelt til å omfatte alle typer vedtak etter utl. § 8 annet ledd, selv om de ulike tilnærmingene viser at spørsmålet er tvilsomt for retten. Jeg mener en slik rettsanvendelse ikke er riktig på bakgrunn av at rekkevidden til Rt-2008-681 er vesentlig begrenset, herunder også rettsetningen i Rt-2008-681 om den legges til grunn.<sup>133</sup>

## 6 Konklusjon på problemstillingen med noen rettspolitiske bemerkninger

Problemstillingen som oppgaven tok for seg var om domstolene kan prøve om *vilkårene* i utl. § 8 annet ledd er oppfylt. Denne problemstillingen ble videre innsnevret til om det *kan være adgang til* domstolskontroll av subsumsjonsskjønnet i utl. § 8 annet ledd til tross for at Høyesterett som sagt enstemmig i Rt-2008-681 uttrykte at subsumsjonsskjønnet var innenfor forvaltningens såkalte frie skjønn.

Svaret på begge problemstillingene er etter min oppfatning klart ja ut fra synsvinkelen om at lovgiver ikke har lagt noen begrensninger for en domstolskontroll av subsumsjonsskjønnet, og at de fleste rettkildene taler for en prøvelse.<sup>134</sup>

På den annen side er det like klart at det er Høyesterett selv som til og syvende og sist bestemmer hvilken prøvelsesintensitet domstolene skal legge til grunn i prøvelsen av utl. § 8 annet ledd. Per i dag virker det vanskelig å få prøvet subsumsjonsskjønnet i retten.<sup>135</sup> Særlig i betraktning av at Høyesterett nektet anken i dommen avsagt av Borgarting

---

<sup>133</sup> Se konklusjonen i punkt 4.8.3

<sup>134</sup> Se konklusjoner i oppgavens 4.8

<sup>135</sup> Jf. oppsummeringen av lagmannsrettens forståelse av Rt-2008-681 i oppgavens punkt 5.3

lagmannsrett 14. november 2008 som hadde gitt en bredere drøftelse av spørsmål jeg mener Rt-2008-681 ikke løser.<sup>136</sup> Det blir derfor et spørsmål om *prøvingsvilje*.

Den viljen antar jeg at avhenger av om man finner gode løsninger på rollefordelingen mellom domstol og forvaltning, særlig tatt i betraktning av utlendingsrettens politiske dimensjon.

Selv om dette åpenbart er et vanskelig spørsmål mener jeg likevel at rettsikkerhetshensyn må veie tyngst. Jeg håper Høyesterett i det minste vil innta en posisjon hvor de faktisk anerkjenner at vedtak etter utl. § 8 annet ledd omhandler for vidt forskjellige individinteresser, rettsikkerhetsmessige hensyn og samfunnsbehov at en enkeltstående rettsetning som i Rt-2008-681 på generelt grunnlag ikke bør avskjære en prøvingsadgang.

---

<sup>136</sup> Se HR-2009-458-U

## **7 Litteraturliste**

I litteraturlisten oppgis endelige referanser til lover, internasjonale konvensjoner, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur. Merk at kortnavnet for lover og juridisk litteratur som benyttes i oppgavens fotnoter står i en parentes etter full referanse.

### **7.1 Lover**

#### **7.1.1 Norske lover**

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven)

Lov om toll og vareførsel av 10.juni 1966 nr. 5 (nå opphevet) (tolloven)

Lov om vern mot forurensninger og om avfall av 13. mars 1981 nr. 6 (forurensningsloven)

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr 64 (utl.).

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai nr. 30 1999. (mrl.)

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15.mai 2008 nr. 35(ny utlendingslov)

#### **7.1.2 Utenlandske konvensjoner**

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) (se vedlegg til mrl.)

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20.november 1989 (BK) (se vedlegg til mrl.)

### **7.2 Lovforarbeider og etterarbeider**

#### **7.2.1 Lovforarbeider**

Innstilling fra komiteen til å utrede spørsmål om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (forvaltningskomiteen) oppnevnt 5.oktober 1951, innstilling avgitt 13.mars 1958 (Innstilling fra forvaltningskomiteen)

Norges offentlige utredninger 1983: 47, Forslag til ny fremmedlov fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 3.juni 1977. Utredningen avgitt til Justisdepartementet i november 1983. (NOU 1983: 47)

Norges offentlige utredninger 2004:20 Ny utlendingslov. Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 14.desember 2001. Avgitt til Kommunal- og regionaldepartementet 19.oktober 2004 (NOU 2004:20)

Odelstingsproposisjon nummer 75 (2006-2007) om lov om utlendingers adgang og opphold til riket og deres opphold her. (ot.prp.nr.75 (2006-2007))

Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her nummer 42 (innst. O. nr. 42)

### 7.2.2 Etterarbeider

Stortingsmelding nummer 17 (2000-2001) Asyl og flyktningpolitikk i Noreg (st. meld. Nr.17 (2000-2001))

## 7.3 Rettspraksis

### 7.3.1 Norsk rettspraksis

Rt-1925-526

Rt-1952-536

Rt-1975-603

Rt-1991-586

Rt-1993-587

Rt-1995-738

Rt-1997-1784

Rt-1998-1795

Rt-2000-591  
Rt-2000-996  
Rt-2002-209  
Rt-2002-557  
Rt-2003-1287  
Rt-2005-117  
Rt-2005-229  
Rt-2006-1348  
Rt-2007-1573  
Rt-2008-560  
Rt-2008-681  
HR-2009-458-U

LB-2004-2511  
LB-2005-84947  
LB-2007-35224  
LB-2008-124644  
LB-2008-40393  
LB-2008-14365-2  
LB-2008-53345-2  
LB-2008-81478  
LB-2008-56144

### 7.3.2 Utenlandsk rettspraksis

EMD, grand chamber judgement N v. United Kingdom fra 27. mai 2008 EMD, judgement  
Sisojeva and others v. Latvia fra 15. januar 2007

## 7.4 Juridisk litteratur

#### 7.4.1 Norske bøker

Eckhoff, Torstein Rettskildelære av 5.utgave ved Jan Helgesen 2001 (Eckhoff 2001)

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith Forvaltningsrett 7.utgave 2003 (Eckhoff/Smith 2003)

Einarsen, Terje. *Utlendingsretten med kommentar* 1.utgave 2008 (Einarsen 2008).

Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett 3.utgave 2007 (Graver 2007).

#### 7.4.2 Utenlandske bøker

Lorentzen, Peer Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen & Jens Vedsted-Hansen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: med kommentarer (art 1–10)

[Bind 1] 2. Utgave 2003 (Lorentzen, Rehof, Trie m.fl 2003)

Lambert, H  l  ne. The position of Aliens in the European Convention of Human Rights,  
third edition 2006 (Lambert 2006)

White, Robin and Clare Ovey. *Jacobs & White: The European Convention on Human rights* 4<sup>th</sup> edition 2006. (Jacobs & White 2006)

### 7.4.3 Norske artikler

Aall, Jørgen Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker, Tidsskrift for rettsvitenskap 1998 s.1 sitert fra Lovdata 20.04.2009 (Aall 1998)

Boe, Erik professor Artikkel: Sterke menneskelige hensyn - for sterke for Høyesterett? i Kritisk Juss nr. 1 2009 (Boe i Kritisk Juss 2009)

Boe, Erik professor Hvem bestemmer - domstolene eller forvaltningen? Lov og Rett nr. 2  
2007, s. 67 - (LOR-2007-67) sitert Lovdata 25.04.2009 ( Boe i Lov og Rett 2007)

Innjord, Frode. Hva er « vakkert »? - Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/ eller skjønnspregede ord og uttrykk fra 1996. Jussens Venner 1996 s. 161 - (JV-1996-161) Sitert fra Lovdata 25.04.2009 (Innjord 1996 ).

Stabell, Tolle Rettslig domstolenes skjønnsmessig overprøvinger. Artikkel av i Rettsteori og Rettsliv; Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002 sitert fra Lovdata 20.04.2009 (Stabell 2002) ( Den har åpenbart en feilskrevet tittel på Lovdata, men det er ikke av betydning)

Rognlien, Knut Prinsipper for tolking av EMK fra 2005 publisert på Advokatredet.no sitert fra Lovdata 20.04.2009 (Rognlien 2005)

#### 7.4.4 Norske nettsider

Hjemmeside til Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon: [www.landinfo.no](http://www.landinfo.no).